

ADO

REVISTA JURÍDICA **ALDIZKARI JURIDIKOA** LAW REVIEW

ISSN: 2173-9102
D.L./L.G.: BI-1677-03

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

Lecciones Magistrales
Hitzaldi Hautatuak
Master Lessons

Estudios
Azterlanak
Field Studies

Notas
Oharrak
Explanatory Notes

31

ENERO-DICIEMBRE
2023
URTARRILA-ABENDUA

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

31 ENERO-DICIEMBRE
2023
URTARRILA-ABENDUA
AÑO XVIII. URTEA



Ilustre Colegio Notarial
del País Vasco

Euskal Herriko Notario
Elkargo Txit prestua



AVD-ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Academia



2003
2023



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 erakunde
lanak eta jarduerak.

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

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

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

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

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

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

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

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

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

DIRECTOR
ZUZENDARIA
DIRECTOR

Andrés María URRUTIA BADIOLA
Notario/Academia Vasca de Derecho

DIRECTORA ADJUNTA
ZUZENDARI LAGUNTZAILEA
ASSISTANT DIRECTOR

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

CONSEJO DE REDACCIÓN
IDAZKETA BATZORDEA
EDITORIAL BOARD

José Miguel GOROSTIZA VICENTE
Abogado/Academia Vasca de Derecho

Elixabete PIÑOL OLAETA
Abogada/Academia Vasca de Derecho

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

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

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

Borja IRIARTE ÁNGEL
Magistrado TSJPV

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL
NAZIOARTEKO BATZORDE AHOLKULARIA
INTERNATIONAL REFERENCE COMMITTEE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alkain ORIBE MENDIZABAL
Abogado

Jesús FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ
Abogado

Vicente María DEL ARENAL OTERO
Notario de Bilbao

Francisco Javier OÑATE CUADROS
Notario de Donostia-San Sebastián

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

LECCIONES MAGISTRALES / HITZALDI HAUTATUAK /
MASTER LESSONS

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
DL./L.G.: BI-1677-03

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVIII. N° 31. Enero-Diciembre, 2023, pp. 7-8
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVIII. urtea. 31 zk. 2023, Urtarrila-Abendua, 7-8 or.

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

LECCIONES MAGISTRALES/
HITZALDI HAUTATUAK/
MASTER LESSONS

Libertad civil y “*mores maiorum*”^{*}

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Notarioa

Jurisprudentziaren eta Legediaren Errege Akademiakoa

Debo, en primer lugar, agradecer a la Academia Vasca de Derecho y, especialmente, a su presidente, don Andrés Urrutia, el alto honor que me depara al confiarme el discurso inaugural del nuevo ciclo académico.

LA LIBERTAD CIVIL

He escogido el tema “*libertad civil y “mores maiorum”*”, pues creo que en esta dualidad radica el carácter propio de los antiguamente llamados derechos forales, perfectamente acorde con la esencia de la función notarial como garante de esa libertad civil y de la tradición que la anima, ayudando a su posible mejoramiento y adecuación a las nuevas necesidades. En palabras de Juan Vallet¹, “*la clave de la función notarial se halla en saber captar el sentido del derecho, en actuar dentro del ámbito de la libertad civil y de conformidad con los usos negociales*”.

En efecto, la libertad civil y los “*mores maiorum*” se presuponen, se encuentran inextricablemente unidos, “*quid leges sine moribus vanae proficiunt*” dejó escrito para siempre Horacio (libro III Oda XXIV).

* Este texto es la versión extensa de la Lección inaugural del curso 2022/2023 de la Academia Vasca de Derecho, pronunciada en Bilbao el día 10 de noviembre de 2022.

¹ “Metodología de la Determinación de Derecho”, II, p. 1152.

La libertad civil

“¿Qué es, señores, la libertad civil?” —se preguntaba en 1970 Félix María Falguera² en el Ateneo barcelonés:

“Yo no diré, con Dupont White, que consiste en el derecho de los individuos a no ser gobernados, porque no aspiro a convertir el derecho en anarquía; pero convendré con M. Bertauld en que la libertad civil aumenta a medida que un pueblo es menos gobernado, y por lo mismo consiste en ser poco gobernado, o en no serlo sino dentro de los límites de la necesidad o de una utilidad imperiosa. La legislación catalana coloca a las familias en una independencia tal, que podemos decir que son poco gobernadas, porque en ellas no se injiere la autoridad del Estado ni la del juez sino dentro de los límites de la necesidad o de una utilidad”.

Y añadía: “Casi todo nuestro derecho nace de la costumbre y de las prácticas contractuales, y hay que estudiarlo en los instrumentos públicos más bien que en los usajes y constituciones. Esta es la gran ventaja de las leyes forales de Cataluña, que dejan a cada cual que legisle a su placer y según conveniencias dentro de la familia”.

Joaquín Costa³ remarcaría, a su vez, que el principio “*Standum est chartae*” constituye: “El alma y piedra angular de nuestro edificio jurídico (...), la consagración de la voluntad privada como preferente a la regla estatuida por el legislador, el régimen de la ley individual enfrente y por encima de la ley pública. El legislador aragonés dictó tan solo los preceptos generales que estimó necesarios en su tiempo a la existencia del hombre en sociedad, y aun éstos, sin darles eficacia imperativa, relegándolos a modo de ley supletoria, para el caso en que no haya ordenado otra cosa en pacto privado o en contrato expresión de la soberanía individual”.

Sería digna de verse la reacción del León de Graus frente al artículo 3 de la ley aragonesa, que en la actualidad antepone a “*las leyes imperativas aragonesas* sobre el señalado principio, apartándose de su formulación en la Observancia 16 “*de fide instrumentorum*”, a cuyo tenor: “*Iudex debe stare*

²“Conferencias de Derecho catalán”. Barcelona 1889. Conferencia primera, pp. 17-18.

³“La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses”. Zaragoza, 1881, pp. 51-52.

semper et iudicare ad chartam et secundum quod in ea continetur nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continetur in ea”.

El caso es que los dos notarios antecitados coincidían en que la libertad civil es la primera de las libertades y el fin de todas las demás. Solo disentían en la importancia de su respectivo derecho, pues, para Falguera, la legislación catalana era la de mayor libertad civil, aún más que la de Aragón, Vizcaya o Navarra, que “*se creen equivocadamente más libres*”, mientras Costa, que pensaba España compuesta de “*unidades vivas*” con aptitudes diferentes, proclamaba la preeminencia aragonesa en el culto a la justicia, sentido de la realidad y prudencia.

Sin embargo, como escribió García Granero no es la libertad civil cosa exclusiva de Aragón ni de Navarra con su “*paramiento fuero vence*”. Se recoge en Inglaterra desde una compilación de las “*leyes*” anterior al 1118; en Francia en múltiples “*Coutumes*” escritas; y en Alemania, al menos desde 1328; también en Cataluña merecen recordarse las “*Commeracions de Pere Albert “car las convinences la en us deuen esser servades per dret”*”⁴. Este principio, comporta que los pactos se convierten en observancias, como la anteriormente reproducida de “*fide instrumentorum*”.

Ocurre, pues, que el instrumento público repetido de generación en generación da lugar a una tradición que por irradiación genera una costumbre, establecida por los antepasados o mayores, “*mores maiorum*”, sancionadas luego en sentencias judiciales, “*fazañas u observancias*” o en “*fueros de albedrío*”, alguno de ellos, declarados en cartas confirmadas por el rey o señor.

El notario interviene muy directamente en este proceso genético; deviene un agente esencial para la creación o elaboración del derecho, con pleno respeto a la tradición, acompasada a las necesidades de la vida, adaptándola, mejorándola y actualizándola en atención a las circunstancias.

⁴ Cit. VALLET, “Metodología de la Determinación del Derecho” I. Parte histórica, p. 167.

Llegados a este punto, no me resisto a traer el ejemplo de mi padre, Ángel Martínez Sarrión en su primera notaria de Esterri de Aneu en relación con una escritura de capitulaciones matrimoniales que incluía el pacto de “*casamiento en casa*”; así lo narra en un libro que no pudo ver publicado⁵:

“Constituye algo que me dejó fuertemente impresionado y que el paso de los años no le ha mermado ejemplaridad. Es uno de mis recuerdos más gratos de mi vida notarial, algo que llena el ánimo de ilusiones y de esperanza. Me resisto a llamarla anécdota, porque no un hecho transitorio y circunstancial, sino manifestación de que lo que el sentimiento del pueblo ha impreso en sus hijos y que encarnado en lo más íntimo de su ser se mantiene con la fuerza de la sangre”.

Las capitulaciones pretendían regular el sistema moral, familiar y económico con motivo de un próximo matrimonio, de modo que en aquellas comarcas catalanas integraban el verdadero código de la familia, significada en “*la casa pairal*” en la que el “*hereu*” o la “*pubilla*” *eran o devenían circunstanciales o temporales soberanos de la misma, que recibían, conservaban y finalmente al igual que ahora a ellos, transmitían los usos y costumbres ancestrales, a manera de domestici magistrati semejantes a los aludidos por Cicerón en su tratado de officis*”.

El casamiento se había acordado entre una “*pubilla*” y un “*fadri*” o “*cavaler*” de dos familias de la aldea de Unarre. “*Era una ceremonia, ésta de constituirse en la notaría, en presencia del notario y desvelar las viejas escrituras guardadas en el arca con las ropas y tocados más preciados, que, en alguna ocasión, he llamado “esponsales notariales”*. En ella, “*la norma moral y jurídica, preferentemente consuetudinaria, se viste con traje de faena de todos los días. Por eso, los muros de la casa pairal exhalan juridicidad*”.

⁵ “Cuando el hombre comienza a ser historia”. Fundación Matritense del Notariado. Madrid 2012, p. 121.

Estaban los padres de ambos: los de “*la pubilla*”, desenrollando las escrituras, tal como estaban cuando ellos se casaron, pues no había hecho falta consultarlas, y los del novio para decir lo poco que “*el haber y poder de la casa*” permitía aportar al nuevo matrimonio.

“*Les pregunté a los asistentes que es lo que querían hacer. La respuesta fue unísona: “Lo que dicen estas escrituras”*. Las escrituras, que sumaban más de un siglo, eran tres completamente idénticas y habían de servir de modelo para la cuarta generación. Mi padre se puso literalmente manos a la obra, pues hasta 1958 no se admitió el uso de la máquina de escribir. Antes de trasladarla al papel leía cada cláusula para obtener la debida conformidad.

Al llegar al final, apareció el pacto de casamiento en casa:

“Eso que es, señor Notario, inquirió con aire sorprendido la pubilla. Aunque todos guardaban silencio, éste se hizo más profundo. Casi al tiempo que yo levantaba la cabeza del papel, padres y madres la agachaban”.

El pacto de casamiento en casa suponía que, si ella moría con hijos pequeños, el marido continuaba en la casa pairal de su mujer con facultades dispositivas y libre de casarse con otra para que ocupare su lugar en la crianza y educación de los pequeños.

“¡Aixó no! ¡Aixó no!”.

Luego preguntó: *¿I aixi ho han fet ells mes besavis, avis i pares? (...)* Y ella misma concluyó:

“I qui soc jo pera no fer, lo que han fet el meus pares i els avis. Sería troncar la traditio de la nostra casa i no tic cap dret per a fer-ho. Posi el pacte, posi`il, senior Notari”.

Cuando *la pubilla* fue a poner la firma, una lagrima cayó sobre el papel emborronando su nombre. Intentó secarla con su pañuelo; y entonces:

“Yo, anticipándome, le sujeté el brazo para impedirlo.

Perdoni, senior Notari, que le he tocat l’escritura.

No la toque, déjela que se seque: En las escrituras se contienen voliciones, quereres e intereses de las partes. En ésta, además, ese borrón no la mancha, la dignifica y enriquece, porque encierra también sus sentimientos.

“Algunos días después, mi compañero de Sort, Germán M. León Pina (...) me enviaba una xerocopia de la matriz, en la que aparecía el borrón, a la vez que me indicaba en una carta, que también como yo, sabía que no era una mancha, sino la huella de un sentimiento”.

Agradezco a esta Academia la ocasión, que me brinda, para reproducir estos “*esponsales notariales*” que condensan la esencia del derecho foral y que mi padre relataba a menudo, como pueden atestiguar mi hermano Miguel, notario de Getxo y Juan Ignacio Gomeza, en aquellas soleadas tardes de agosto en su tierra albaceteña, al socaire de la casa en la que conoció a mi madre, al pie de la Sierra de Chinchilla en un paraje tan lejano como distinto de las montañas pirenaicas y de aquella Cataluña en la que acabó sus días.

El diálogo entre el notario y la “*pubilla*” y el expresivo silencio de los padres, reemplazado por las escrituras —“*hablen cartas y callen barbas*”— nos permite entrever alguno de los temas que quería traer a su consideración: la importancia de la tradición y de las costumbres vividas, del sentimiento implícito en ellas, que prefigura la libertad en interés de la familia y, finalmente el riesgo de que este reducto del derecho civil puro, que son los derechos especiales y forales, termine por encerrar la libertad civil en leyes más o menos artificiales en manos de teóricos ayunos de práctica, y expuestos, como están, a políticas cortoplacistas, supeditadas a intereses entre mercantiles y públicos, no siempre acordes al interés general, que mejor que nadie encarna la libertad civil. Y hay que reconocer que ese riesgo amenaza sobre todo al Código civil, menos protegido frente a los

embates del derecho mercantil, cuyas señas de identidad originariamente privadas igualmente peligran. Un ejemplo reciente de estas inmisiones, la absurda inscripción facultativa de las sociedades civiles en el Registro Mercantil, por obra de la ley de creación y crecimiento de empresas.

Durán y Bas, al comparar las distintas legislaciones civiles existentes en España, decía de la castellana que poseía una base más germánica; pero agregaba con razón que en ella *“la organización de la familia y de la propiedad apenas se relacionan y en estas otras provincias se compenetran por medio de pactos nupciales y del derecho sucesorio. En Castilla, el subjetivismo del derecho queda aprisionado, no por fórmulas jurídicas como en el antiguo derecho romano, pero sí por preceptos que dejan a la libertad en angostas condiciones de expansión y de vida; en estas otras provincias la libertad jurídica puede desenvolverse con desahogo, revestida de confianza por leyes que no dudan ni del amor paterno, ni de la previsión de los contratantes”*.

Bien es cierto, que el futuro Código civil de 1889 no desatendió completamente este objetivo, si bien en su ya larga historia la injerencia judicial y administrativa seguiría lamentablemente un curso ascendente, que algunos veníamos criticando⁶; en este sentido, la reforma introducida por la Ley 8/2021 en relación a las personas con discapacidad para avalar su autonomía, su libertad de decidir, al tiempo que realza y rehabilita la confianza en la familia y las soluciones adoptadas en su seno, por encima de la intervención judicial en que se basaba el derecho derogado⁷.

⁶ Por mi parte: “Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia”. Ponencia en el Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado en Montreal, publicada en RDN 1986 y, asimismo, en unas jornadas en el monasterio de Leire, organizadas por la Asociación interdisciplinar de Derecho Público, en las que traté de la “influencia del Derecho público en el Derecho privado”, cuya versión escrita se halla incluida en el libro “Derecho Público, Derecho Privado”, coordinado por María Roca, pp. 81 y ss.

⁷ He tratado este tema en mi conferencia del pasado curso de la Academia Matritense del Notariado, “Reflexiones ... pendiente de publicación en los Anales.

Mores maiorum

Al igual que ocurrió en la España cristiana durante la Alta Edad Media, la antigua Roma se rigió por la costumbre de los primitivos pobladores, llamadas “*mores maiorum*”, las cuales, no casualmente, se correspondían con las propias de la aristocracia patricia, desconocidas para los plebeyos y no exentas de posibles manipulaciones. De ahí que finalmente estas costumbres se promulgaran mediante las XII Tablas. Escribía Cicerón⁸ que “*siempre se buscó un derecho igual para todos, porque, si no fuera así, no sería derecho. Si esto lo consigue un hombre justo y bueno, se contentaban con él; al no suceder siempre así, se inventaron las leyes, a fin de que hablaran con una sola e idéntica voz a todos*”.

De mores maiorum a bonos mores

El paso a la Ley de las antiguas costumbres permitió, según explica Ihering, la separación entre el derecho y la moral en dos cauces distintos, a pesar de que el secreto de la libertad reconocida en el derecho estriba en “*hacer por impulso propio lo que es moral y oportuno*”. Pero esto, tenía un riesgo, que era el mal uso de esa libertad jurídica. No era entonces un riesgo grave, sino menor dada la moralidad imperante, la de los antiguos “*mores maiorum*” en lo que no había sido codificado. Previsoramente, para evitar este posible riesgo se recurrió inicialmente al censor y solo cuando la relajación de costumbres sobrepasó sus posibilidades, aparecieron las restricciones legales. Merece la pena detenerse en las palabras del sabio alemán⁹:

⁸ “De officiis” II, 42.

⁹ “El espíritu del Derecho Romano”. Ed. Comares, p. 324: “*La gens jurídica, política abrazaba sin distinción toda la existencia moral y religiosa de sus miembros (parecidamente a la llamada por Le Play familia troncal). Cuando, gracias a la plebe, el derecho privado rompió los lazos del principio patricio de familia; cuando la igualdad de derecho hizo su irrupción con toda su fuerza, el equilibrio, encontró naturalmente un apoyo exterior en el lastre o contrapeso de la censura. No se había hecho más que transportar fuera del derecho el temperamento que hasta entonces se había encerrado en él.*”

Al igual que antes, “debió considerarse el matrimonio como sagrado, el padre abstenerse de tratar con crueldad a sus hijos y el propietario usar sus bienes con prudencia y con los miramientos debidos a la familia. Pero esta obligación no se dictaba como deber moral impuesto por el órgano público del censor, porque el derecho reconocía la libertad de hacer lo contrario. La extensión extraordinaria que se da a esta libertad prueba la gran confianza que ésta tenía en la propia moralidad. Basta echar una mirada a la censura para convencerse de que esa libertad, lejos de ser una prueba en favor de la indiferencia en materia moral, demuestra brillantemente el interés que el Estado tomaba por ésta. Si el Estado dejaba a la libertad jurídica un campo de acción tan vasto, es porque podía hacerlo, como lo confirma la vida de la antigüedad. Aquella época poseía fuerza moral bastante para usar de esta libertad con prudencia, teniendo el censor la autoridad necesaria para reprimir cualquier abuso por pequeño que fuese. Más tarde las restricciones legales produjeron ese resultado, caracterizando, los diferentes medios de que se valieron, para conseguirlo una y otra época”. Un ejemplo de esta evolución lo encontramos en el camino seguido por la libertad de testar.

El caso es que la generalización de los abusos, de los que dan cuenta Juvenal o Marcial, condujeron a las restricciones legales, a la transformación de los “mores maiorum” en “bonos mores” confiadas, no ya a la sociedad, sino a la ley.

Esta transformación la explica muy bien Biondi en su “Diritto Romano Cristiano”¹⁰: “En la jurisprudencia romana falta un término que corresponda a la palabra moderna moral o ética o a la griega Ethos. Los términos que generalmente se consideran correspondientes son: “bonos mores”, “aequum et bonum”, “honestas”, en contraposición a “turpitud” y a “turpis”. “En este sentido, Cicerón (de leg. 5,28) comprende en el “ius civile” “mores” y “aequitas”. De esta guisa, el “aequum et bonum” forma parte del “ius”, al lado de “lex”, “consuetudo”, “iudicatum” y “pactum”. Los “bonos mores” son la base del orde-

¹⁰ “Diritto Romano Cristiano”. II, 152 y ss, de quien tomo cuanto sigue sobre “bonos mores”.

namiento jurídico y de la vida romana. Tan es así que en D.45.1.35 la convención de hacer lo que en las leyes está prohibido se considera “*contra bonos mores*”. Esto es importante resaltarlo en atención a lo que después diremos respecto de la costumbre “*contra legem*”, por cuanto este pasaje de Paulo nos permite entrever que la fuerza prohibitiva de la Ley depende, sensu contrario, de que la propia ley no lesione las buenas costumbres.

En rigor, el concepto de “*mores*” incluye la moral en tanto se califican como “*bonos mores*” pero la moral no agota el campo de los mores. El concepto es mucho más amplio de lo que llamamos moral, tiene carácter político-social, de donde los preceptos impuestos por los mores devienen preceptos jurídicos.” Esto no quita, que en las buenas costumbres como el pacto del casamiento en casa exista, a veces, aspereza, lo advertía Séneca (4, 31,4), “*Etiam in bonis moribus aliquid existit asperitas: fecit humana natura ius duros animos, fecit ingratos fecit cupidos, fecit impíos*”. Las buenas costumbres no excluyen, pues, la aspereza, la ingratitud, la avaricia o la impiedad.

La influencia cristiana es claramente perceptible: “*bonos mores*” deviene un complemento de la ley que en cierto modo la condiciona; pero no enteramente, todavía subyace la advertencia de Paulo, “*non omne quod licet, honestum est*”. Los “*bonos mores*”, a veces, se manifiestan indiferentes respecto de la moral: la esclavitud, por ejemplo, se declara “*contra natura*”, pero no “*contra bonos mores*”; el maltrato del esclavo se reputa contrario a las buenas costumbres, pero no la esclavitud, que se mantiene en Bizancio por razones de utilidad para evitar, por un lado, la paralización económica y, por otro, que los propios esclavos murieran en el paro sin nada que llevarse a la boca. Ciertamente, se multiplican las manumisiones, pero la esclavitud, desde un punto de vista institucional, solo decae por la transformación del esclavo en siervo de la gleba, a causa del colonato, de que se valen los “*potentiores*” para la explotación de sus fincas y villas en las que se refugiarían lejos de las insalubres ciudades y de los impuestos, en lo que

fue un “*éxodo impío al campo*”, infructuosamente prohibido, por el emperador Arcadio en el 396, como explica brillantemente Ferdinand Lot¹¹.

La ley devenida costumbre

La caída del imperio de occidente no impidió que la ley romana continuara más o menos vigente; simplemente se convirtió en costumbre, sin que la gente tuviera conciencia de ello.

Se origina, entonces, la yuxtaposición de las costumbres romanas y bárbaras, rigiéndose cada pueblo por su ley personal, con el agravante de que dichas costumbres no estaban escritas, al menos las bárbaras. Mientras romanos y bárbaros se mantuvieron cada cual en su propio recinto legislativo la cosa no pasó a mayores; pero cuando se entremezclaron las relaciones jurídicas la incertidumbre subió de grado.

En España el Breviario de Alarico en el año 506 recogió el llamado por Brunner derecho romano vulgar, pero no existía un texto equivalente para los visigodos; por ello finalmente, la cuestión se resolvió mediante la implantación de un derecho territorial: el “*Liber Iudiciorum*” en el 654 de nuestra era. El Breviario, pese a su derogación en España, mantuvo su influjo en Borgoña y Provenza hasta el siglo XII.

Entre tanto, en Italia, de creer a Calasso¹², los escribas eran más proclives a la ley romana que a la longobarda. Liutprando en un Edicto dictado en el 727 intitulado “*De scribis*” trata de salir al paso y exige, a los notarios de entonces, que no escriban sus cartas en contra de la ley personal correspondiente, que se cercioren e interroguen a las partes, que si no

¹¹ “El Fin del Mundo Antiguo y el comienzo de la Edad Media”. “Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. Méjico 1956, pp. 111 y ss.

¹² Calasso aborda este tema primero en el “Medio Evo del Diritto”. Milan 1954, pp. 186 y ss. Y de forma más circunstanciada en el “Negozio giurídico” Milan 1959, pp. 86 y ss.

conocen el derecho aplicable se informen por terceros y, en su defecto, que no escriban la carta, so pena de pagar una compensación igual a la del asesinato de una persona libre. Pero, pese a la dureza inicial, se ve obligado a conceder que se aplique la ley consensuada por los otorgantes, sin que en ese caso la carta infrinja la ley, *“quia ambe partes voluntariae faciunt”*, quedando a salvo la responsabilidad de quienes las escribieran.

Esta capitular de Liutprando es muy interesante, por cuanto la voluntad de las partes se antepone a la Ley por esta vía indirecta. En los territorios longobardos los notarios insistirán todavía trescientos años después en consignar en sus cartas que estaban redactadas *“secundum legem”* u *“optimam legem”* y, en ocasiones, hasta transcriben casi literalmente el mencionado Edicto. Las cartas se acogen a la ley, pero uno tiene la impresión de que son los notarios los que se valen de ella para dotar de autonomía a sus documentos.

Dicho esto, aquel Edicto longobardo, aunque hablaba de leyes, en el fondo se refería a costumbres, que al no estar escritas obligaban al notario, que las desconociera a recurrir a terceras personas. Si se me permite la digresión, el conocimiento de las costumbres locales sería una de las razones por la que los testigos intervinientes en las cartas debían ser vecinos de la localidad.

En España, decíamos antes, la ley romana se vive como costumbre, con el resultado de que una y otra se confunden, como se desprende de las Etimologías (V, 3, 2-4):

“La Ley” es una disposición escrita. “Costumbre” es una práctica avalada por la antigüedad; es decir, viene a ser una ley no escrita. Por tanto, la costumbre es una especie de derecho instituido en la práctica y utilizado como ley cuando ésta no existe. Y no importa que una norma tenga su base en la escritura o solo en la razón, ya que la razón es lo que avala a cualquier ley. Pues bien, si toda ley tiene su fundamento en la razón, será ley todo lo que esté fundado en ella,

con tal de que esté de acuerdo con la religión, convenga a la doctrina y aproveche para la salvación. Se llama costumbre porque son de uso común.” El caso es que seguramente, por entonces, de uso más común que las leyes”.

Vemos, pues, que según San Isidoro la razón es una para la ley y para la costumbre.

El imperio de la costumbre

Pero la razón, donde no existe poder legislativo, es a menudo la del más fuerte. La teoría de la costumbre como nacida del consentimiento del pueblo¹³ o fruto del “*tacitus consensus populi*”¹⁴ pudo tener sentido entre los ciudadanos romanos, pero la ficción que encierra este planteamiento se torna dramática en la Alta Edad Media en una sociedad estamental, más o menos jerárquica, y muy compartimentada, hasta en siete ordenes sociales, de seguir a Salvador Moxó¹⁵: magnates, infanzones, caballeros villanos, cultivadores de sus tierras, cultivadores libres de las ajenas, hombres de behetría y siervos de la gleba o payeses de remensa o villanos solariegos. Entiende este autor que en la península existió una sociedad feudal, si se toman por sus rasgos esenciales, la comarcalización del poder y el surgimiento de autoridades intermedias que quiebran la relación directa del monarca con sus súbditos, aunque no se llegue a producir, como requería la historiografía clásica, una fusión inseparable entre vasallaje y beneficio¹⁶.

El feudalismo fue, en sí mismo, una institución consuetudinaria, generadora de usos y costumbres. En aquellos tiempos era literalmente cierta

¹³ Juliano D. 1.3, 32.

¹⁴ Hermogeniano D.1.3, 35.

¹⁵ “Repoblación y sociedad en la España cristiana medieval”. Ediciones Rialp, 1979, pp. 126 y ss.

¹⁶ *Op. cit.*, supra, p. 139.

la observación de Modestino (D.1. 3,11), “*todo el derecho o lo estableció el consentimiento o lo instituyó la necesidad o le dio fuerza la costumbre*”. El derecho provenía, en efecto, del pacto o de la costumbre o de la fuerza. Y es que, la costumbre no es ya fruto de un tácito consenso, sino que a menudo proviene de su imposición por los magnates de turno o de una decisión, más o menos condicionada del juez, “*fazaña*” u “*observancia*”, sin descartar su escrituración por “*fuero de albedrío*”, impulsada por los propios aforados y, en algún caso, pactada, al estilo del Fuero General de Vizcaya, con el señor. El riesgo de los malos usos era, en cualquier caso, notable¹⁷.

Los malos usos nos hablan de una época dura y ominosa, como revela, por ejemplo, la salomónica partición por mitad del hijo impar del siervo solariego, en Navarra entre el representante real y el señor solariego o en Aragón entre los hijos del señor¹⁸; o, igualmente, la controvertida “*firma*

¹⁷ Calasso en el “y quienes, como consejeros del conde, habían de encontrar sentencia (*‘invenire sententiam’*) “*que les pareciera recta (ut rectum visut fuerit)*”. Cumplían los escabinos la función de fijar la costumbre de una manera recta. No muy diferente cosa hizo los vizcaínos para fijar por primera vez sus costumbres por escrito, recurrir a hombres prudentes

¹⁸ En el Capítulo XVII Libro II Título IV de la versión manuscrita del fuero de Navarra se regula el repartimiento de los hijos del *villano solariego* entre el “*seinal*”, el rico hombre que tuviese en honor el pueblo por el rey, y el señor solariego: el mayor para el primero y el siguiente para el segundo. Pero en el caso de los hijos impares, se previene que “*el seinal prenga la pierna diestra et el señor solariego la pierna siniestra y partan por medio todo el cuerpo con la cabeza. Si alguno de ellos digere, dar vos e ferme del cuerpo no debe partir; sabida cosa es que todo villano solariego la diestra part del cuerpo de la seina, et la siniestra part del solariego...*”.

Este uso desapareció del texto impreso y no se tienen noticias de que fuera aplicado según nos cuentan Marichalar y Manrique (Historia de la legislación, Recitaciones de Del Derecho civil de España, Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, p. 172) aunque, en su opinión, da testimonio de una época en la que sobre dichos villanos solariegos el señor disponía de un derecho de vida y muerte. Apuntan, igualmente, estos autores a su conexión con el tratamiento de los hijos de los “*collazos*” en Aragón, mencionados por Vidal Canellas. que refieren algunos antiguos escritores, que podían ser divididos por la espada para repartirlos entre los hijos del señor solariego. La verdad es que cuesta creer que semejante práctica tuviera lugar. Obsérvese la analogía con el juicio de Salomón, que

de spoli, prohibida en Cataluña por una sentencia arbitral de Fernando el Católico y que, en la autorizada opinión de don Francisco Cárdenas¹⁹, aun en el caso de ser un laudemio, como creía el notario y jurisconsulto Solsona, debió cumplir la función de sustituir o excluir el llamado derecho de pernada, introducido en el Principado “*more francorum*”.

permite entrever el propósito de que se pongan de acuerdo sobre el hijo impar o en caso aragonés entre los hijos de señor solariego. Lo que si revelan estos usos es la proximidad de la servidumbre con la esclavitud.

¹⁹ Este mal uso figura entre los suprimidos en Cataluña por Fernando el Católico en una sentencia arbitral de 21 de abril de 1486 donde, después de calificar de pecaminosos e intolerables los malos usos, declara abolidos, aunque conmutados por una reducida pensión a pagar por los payeses de remensa; los malos usos suprimidos fueron: la remensa personal, intestetia, cugucia, xorquia, arcia y firma de spoli. En la cláusula novena de dicha sentencia insiste el rey católico en negar que se puedan tomar como nodriza,s en contra de su voluntad, a las mujeres de dichos payeses y que “*pugan la primera nit que lo pages pren muller, dormir amb ella, o en seyal de seyloria la nit de las bodas, apres que la muller sea colgada a lo lit passa sobre aquel sobre la dita muller*”.

La veracidad de este mal uso, el llamado derecho de pernada, se suele negar actualmente, en el sentido de que pudo haber abusos, pero no un mal uso que otorgara semejante derecho. No obstante, los argumentos de Cárdenas son considerables, cuando sostiene que dicho uso corresponde a la “*firma de spoli*”, por más que el notario y gran jurisconsulto Solsona lo considerase un laudemio a cargo del siervo, que quisiera garantizar la dote de su mujer con el predio. El ilustre historiador pensaba que este laudemio fue la contraprestación por la eliminación de aquel derecho. En todo caso, a título de curiosidad cita la investigación de un notario D.N. Tomaso, que halló en el archivo del ducado de Cardona un proceso a instancias de un señor, a quien el payés había negado que pasara por el lecho de su esposa, en virtud de mal uso llamado firma de spoli forzada; y dice Cárdenas literalmente que “*el docto jurisconsulto Don Felix María Falguera me ha asegurado haber visto casualmente hace ya años este proceso, añadiendo que el payés fue condenado, aunque no recuerda ahora por los muchos años transcurridos desde que vio el documento, si la condena al vasallo consistió en permitir al señor el ejercicio de aquel derecho o una pena por haberlo resistido*”.

Véase: “Estudios Jurídicos”, Biblioteca judicial. Madrid 1884. TII. “Los derechos del señor”, p. 117 y ss. Publicado por primera vez en la revista de la universidad, nº 4 correspondiente al mes de abril de 1874.

Pero también existieron buenos usos como los resultantes del pacto previsto en la *“ley Dum cuiuscumque”* (Liber.4.2, 16), que permitió la preservación e instauración de la sociedad de gananciales, de la mano de los formularios notariales, como explica Prieto Bancos²⁰, por referencia a la fórmula XX visigótica; y, del mismo modo curiosamente, la aparición del régimen de separación de bienes en Cataluña, merced a la reinterpretación de aquella costumbre inicial, al establecerse cautelarmente la práctica de ligar dicha comunidad a la adquisición conjunta por los consortes, con el fin de evitar tentaciones de exclusividad, de donde andando el tiempo ocurrió que lo adquirido individualmente dejó de ser común, como explica Lalinde²¹.

Otro ejemplo de buenos usos es el quinto a favor del alma, punto en el que seguiré a Juan Ignacio Gomeza²². Esta institución, que remonta a la *“Ley Dum illicita”*, origen de la mejora castellana, reproducida en el Fuero Juzgo, pasaría igualmente al Fuero Viejo y a las Leyes de Toro, pero, además aparece también en Vizcaya en el Fuero Viejo de las Encartaciones de 1394 en su ley 33, que, al regular el usufructo universal, genuino

²⁰ “Los notarios en la historia de la sociedad de gananciales”. AAMN, t. IX.

De esta interesantísima conferencia se desprende, si no me equivoco, que el pacto se impuso sobre el sistema legal, en aras de una mayor equidad y compenetración entre los esposos, que con bellas palabras recoge la fórmula XX de las visigóticas, descubiertas en Oviedo, aunque probablemente procedentes de un notario cordobés del siglo VII, que se hace eco de la *“aequalitas christiana”* a modo de justificación: *“disparex sexus membra efficiamur in unum/ Quidquid intra vel extra nunc corpore cuncto/ Nos in iure titulis ex multis habere. Amplius Christi deberit quod gratia nobis/”*. Y este es con toda probabilidad el origen de nuestra sociedad de gananciales.

²¹ “Los pactos matrimoniales catalanes”. AHDE, nº 33, pp. 133 y ss.

Del pacto o del uso contrario a la expresada práctica cautelar derivan los regímenes de comunidad subsistentes en determinadas comarcas catalanas como *“el pacte de convenença”* *“el pacte de mig per mig”* *“la asociació de compres e millores”* y las costumbres gerundenses.

²² “Limitaciones sucesorias (reservas y reversiones), pp. 225-226.

antecedente del Alkar Poderoso, imponía a la muerte del usufructuario la obligación de que “*queden los tales bienes así mandados, para sus hijos o nietos legítimos, excepto el quinto, que de tal quinto de sus bienes puede el testador lo que quisiere y mandarlo a quien quisiere o por su alma allende de tal usufructo*”. Igualmente, se recoge en el número 125 del Fuero Viejo como costumbre existente y en la ley 18 del título XX del Fuero Nuevo.

Concluye el autor, que la subsistencia de este quinto ha sido esencial, pues no operaba frente a estas causas piadosas la prohibición de disponer de los bienes troncales, lo que dio lugar al florecimiento de las múltiples fundaciones que pueblan Vizcaya. De ahí su fundada crítica del artículo 24 de la Ley de 1992 que decretaba la nulidad de la disposición gratuita de bienes troncales a personas distintas de los parientes tronqueros; cosa que no habían hecho ni el Fuero Viejo ni el Nuevo ni la Compilación, que solo opusieron a tales donaciones la saca foral y que gracias a ello se llevaban a cabo con el consentimiento de los tronqueros. La Ley vigente de 2015, al sustituir la nulidad por la anulabilidad, ha sabido corregir el rumbo para posibilitar aquella vieja práctica; muy vieja por cuanto enlaza con la “*la laudatio parentum*” extendidísima en la época medieval y muy certeramente estudiada por Braga da Cruz.

El control ético de la costumbre

El comportamiento ético de la costumbre preocupará sobremanera a la Iglesia, con el fin de erradicar los usos inmorales. Esto traerá consigo una visión paulatinamente desfavorable de la costumbre en beneficio de la Ley, pues según el Fuero Juzgo de ella nacen las buenas costumbres. Su influencia se intuye igualmente en el prólogo del Fuero Real: “*Entendido que la mayor partida de nuestros reinos no hubieron fuero hasta nuestro tiempo y juzgáronse por fazañas o por albedríos de los hombres e por usos desaiguados sin derecho*”.

El Derecho Canónico establecerá como referente de validez la concordancia con la moral, que en su caso viene a coincidir con el Derecho Natural, sin perjuicio de impulsar en la práctica la fijación por escrito de tales usos y su aprobación por el príncipe.

Constantino había dicho de manera oscurísima que la costumbre no podía vencer a la razón o a la ley (“*rationem aut legem*”). También San Isidoro, como hemos visto, supeditaba toda ley, incluida la costumbre, a la razón.

Pero, ¿qué cosa es la razón? Los romanos no la determinaron, al contrario que la Iglesia, que tenía una idea clarísima, como apunta Calasso²³: “*ratio*” es igual a “*veritas*” y la verdad es la norma divina. Tertuliano sentenció que Cristo dijo “*Ego sum veritas*” no “*Ego sunt consuetudo*.” Las “*Exceptionnes Petri*”, por su parte, adulteran hábilmente el Digesto, al imputarle la supuesta exigencia de “*longui temporis usu approbata*” como condición para igualarla con la ley escrita. Pero, el texto de Hermogeniano (D.1.3,35) solo habla de “*longa consuetudine*”, en ningún momento de “*longui temporis*”, locución que se extrae gratuitamente de la prescripción. Tampoco hablaba el Digesto —si se me permite— de “*usu approbata*” sino de “*larga consuetudine comprobata*”, no aprobada sino comprobada, que no es lo mismo, pues como explica Paulo en el paso inmediato, equivale a probada (“*id tantum probatum est*”), esto es demostrada.

Esta misma doctrina pasará, sin embargo, a las Partidas 1.2.5, que requieren el uso durante diez o veinte años; la glosa de esta ley dice que, estando siempre presente el pueblo, deben bastar diez años, pues no procede aplicar el plazo de la prescripción entre ausentes. También requieren las Partidas la aprobación tácita del señor, que tenga conocimiento de ella y no la contradiga, y que la costumbre sea, además probada. Exigen, por supuesto, que corresponda “*a derecha razón*” y no sea contraria a la ley divina, natural o de interés procomunal.

²³ “Medio Evo dell Diritto”, pp. 202 y ss.

La fijación escrita de la costumbre y su aprobación

La verdad es que una serie de factores diversos aconsejarán plasmar la costumbre en una verdadera carta o instrumento público; la carta podía ser de concesión real como el Fuero de Logroño, dado a Vitoria y las villas, o el Fuero de San Sebastián, pero también podía expresar un pacto con el señor respecto del contenido de las viejas costumbres, como ocurriera con el Fuero Viejo y Fuero Nuevo de Vizcaya. En ambos tipos de fueros el rey o señor solía confirmarlos, pero esa aprobación no era una promulgación, solo expresaba las obligaciones asumidas por el señor.

En el caso de los fueros otorgados unilateralmente por el señor, en teoría su juramento proporcionaba una garantía, la de atenerse al fuero y cumplirlo. Lo mismo ocurría con los fueros de albedrío de origen popular, pero con un matiz esencial, expresaban un pacto recíproco, que en caso de infracción por el señor daba lugar a la desvinculación de sus compromisos para con él por parte de los vecinos, al menos esto era claramente así en el caso de Vizcaya.

En efecto, según Marichalar y Manrique²⁴, los vizcaínos resolvieron trasladar sus viejos fueros a escritura pública; y eso mismo ocurrió con el Fuero Nuevo otorgado por los representantes de los aforados y el corregidor ante los escribanos Iñigo Urtiz de Ibarguen y Martín de Bassaraz.

El Fuero Viejo fue jurado por Juan II y seguidamente por Isabel la católica ya en 1473 y tres años después por su esposo Fernando en la Iglesia de Santa María de Guernica y “*so el árbol de Guernica*”. Merece la pena detenerse en lo que le dijeron los vizcaínos al rey sentado en la piedra debajo del árbol, según la transcripción, que tomo de Marichalar y Manrique²⁵:

²⁴ “Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho civil de España”. Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava”. Madrid, 1968.

²⁵ Marichalar y Manrique, *op. cit.*, p. 309.

“Que por quanto ellos avían y han de fuero y de uso e de costumbre loada y aprobada de diez, veinte y treinta, cincuenta y ochenta y ciento años a esta parte, y más tiempo, en tanto tiempo que memoria de hombres no es en contrario, que quando viene nuevamente señor en el dicho condado de Vizcaya a recibir el señorío della, el tal señor les ha de fazer juramento en ciertos lugares acostumbrados del dicho condado, de les confirmar y guardar todos sus fueros y privilegios, buenos usos y buenas costumbres e franquezas, libertades, mercedes, tierras y lanzas, acostamientos y privilegios”.

Aquellos vizcaínos conocían las Partidas pues cumplían los plazos de prescripción, que, al igual que las “*Excepciones Petri*”, aquéllas habían trasladado a la costumbre: los diez años para presentes, los veinte, para ausentes, los cincuenta para superar los cuarenta que se requerían por los canonistas para la costumbre contra ley y, por último, la prescripción inmemorial que ambos derechos requerían en lo que atañe a las cosas reservadas al príncipe “*tanto tiempo que memoria de hombres no es en contrario*”; costumbre por el mismo tiempo “*loada y aprobada*” y jurada por los señores de Vizcaya. Y buenas costumbres no contrarias ni a Dios ni al Derecho Natural. De este modo, el Fuero General resulta valedero, aún en la hipótesis de incluir costumbre contraria a las leyes del Reino, pues ocupa el primer lugar en el sistema de fuentes, anteponiéndose a cualquier legislación castellana.

El juramento implicaba una obligación personal para el señor; por ello, el Fuero General prevenía que se hubieran de jurar —tanto dicho fuero como los de las villas— de forma sucesiva por cada señor. Los fueros eran normas consuetudinarias, sobre las que, en este caso, se superponía un pacto que cada señor renovaba; de esa renovación no dependía la vigencia de los fueros, que regían por su condición consuetudinaria, sino el compromiso de cumplirlos por parte del señor, con la advertencia de que, en caso de omitir su juramento, los vizcaínos no le responderían ni le pagarían sus derechos censales, al tiempo que sus mandamientos

y provisiones solo serían obedecidos, pero no cumplidos. Esta fórmula, exquisitamente jurídica, era la que se aplicaba, igualmente, a las cartas desaforadas, es decir a las disposiciones contrarias al Fuero, que serían obedecidas, pero no cumplidas, porque, si se me equivoco, carecían de la fuerza de obligar y no eran ejecutivas.

La costumbre y la equidad

La redacción escrita de las costumbres representa un cambio de paradigma, ya que con ella se depuraban las buenas costumbres, libertades y franquezas. Pasa, entonces, a ocupar un primer plano su correspondencia con “*bonum et aequum*, es decir con la equidad, pero ¿qué es la *aequitas*”?

En este punto cobraron ventaja los canonistas, a cuyo entender, explica Calasso²⁶, “*aequitas es igual a Dios*”. La equidad coincide, pues, con el Derecho Natural. Sin embargo, esta conclusión al principio indisputable encuentra una cierta reacción por parte de los civilistas frente al poder expansivo del Derecho Canónico en persecución del pecado. Odofredo protesta por la intromisión de papa “*dominus papa ratione peccati intromittit se in ómnibus*” y lo mismo Cino de Pistoia ante la invasión jurisdiccional, “*Ecclesia sibi ursupavit ratione peccati totum iurisdictionem*”. Finalmente, Accursio pondrá de manifiesto la separación de jurisdicciones: “*Nec papa in temporalibus, nec imperator in spiritualibus se debeat inmiscere*”²⁷.

El caso es que el libro II del Digesto inaugura el título XIV con un paso de Ulpiano que reconduce el cumplimiento de los pactos a la “*aequitas naturalis*”. Se produce de alguna manera una tripartición: “*aequitas canonica, aequitas naturalis, aequitas mercatoria*” si bien todas confluyen en la idea de fidelidad o de atenerse a lo pactado.

²⁶ “Medio Evo...”, *op. cit.*, p. 336.

²⁷ *Cit.* de Calasso en el “Medio Evo del Diritto”, pp. 485-486.

Ahora bien, abstracción hecha de cual sea la adjetivación de la “*aequitas*”, ¿qué hacer si el *ius* se opone a la *aequitas*?

Esta cuestión la ha tratado Juan Vallet²⁸ en el segundo tomo de su Metodología de la Determinación del Derecho, a la que es obligado remitirse. De forma muy sintética podemos, sin embargo, sentar las siguientes conclusiones:

La opinión dominante, con la excepción de Martinus Gosia, apeló a una Constitución existente el “*Codex*” (C1.14,1) por la que el emperador se reservaba la solución de la controversia.

Ahora bien, cuando la controversia se producía entre dos normas escritas, la posición preponderante era favorecer la interpretación en pro de la “*ratio aequitatis*” y en contra del “*ius strictum*”.

Finalmente, quedaba el tema de las lagunas legales. En este punto, una celebre Decretal de Honorio III (1226-1227) permitió al juez servirse de la equidad, a falta de norma escrita.

En todo caso, escribe Vallet²⁹, para los glosadores la equidad se observaba de conformidad a la naturaleza de las cosas. Ya Irnerio había dicho “*aequitas enim in ipsis rebus percipitur*” y Placentino “*Aequitas est rerum convenientia, que in paribus causis paria iura desiderat, et omnia bene coequiparat: Dicitur aequitas quasi aequalitas et vertitur in rebus, idest in dictus vel factus hominum*” y también Cino “*aequitas est rerum convenientia*”, añadiendo después, “*quod iustitia respicit animam et aequitas re ipsa*”.

²⁸ “Metodología de la determinación del Derecho” II, p. 1474 y ss.

²⁹ “Metodología de la determinación del Derecho” II, p. 1482.

Naturalem sensum o buen sentido

Esta misma orientación seguirían algunos derechos territoriales, así la Compilación de Huesca de 1247 “*Ubi fori non sufficiunt ad naturalem sensum vel aequitatem recurrentur*” y agrega Vallet la versión romance: “*e por si ventura en alguna cosa el fuero no abastase que fuere juzgado por naturales sesos de buenos homes y leales*”. En igual caso, las Costums de Valencia, “*ad naturalem rationem et aequitatem iudicantes possunt*”.

No se alude en esta Compilación al Derecho común, que su redactor Vidal Cañellas bien conocía, quizá por prudencia, pero como señala Sánchez Arcilla³⁰, todos los juristas de la época entendían que “*naturalem sensum vel aequitatem*” entrañaba una llamada al Derecho común. Cuando en 1264 los nobles aragoneses protestaron por la aplicación del derecho romano en los juicios, Jaime I contestó que la utilización del “*ius commune*” se fundaba en el “*naturalem sensum vel aequitatem*”. Se trataba de una vía indirecta, pero al no haberse explicitado, no se puede considerar desajustada, la caustica determinación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1884, a cuyo tenor: “*El Digesto no tiene autoridad legal en Aragón*”.

Es muy importante esta cuestión porque explica la identificación entre equidad y sentido común que dará lugar a la aplicación del Derecho Romano no “*ratione imperi*” sino “*imperio rationis*”.

Vallet recuerda en otro lugar de su obra el “*usatge 81 iuditia curia*”, según parece del siglo XII, y a cuyo tenor se juzgará conforme a los usatges y, si no bastaren, con arreglo a las leyes y al arbitrio del príncipe. Pues bien, Jaime II suprimió en una Constitución de las Cortes de Barcelona en 1251 el arbitrio del príncipe por “*sensum naturale o seny*”. Y en 1409 Martí el Humano, a propuesta de las Cortes de Barcelona, dispuso que en defecto del derecho de la tierra se juzgará “*dret comú, aequitat y bona rahó*”.

³⁰ “Manual de Historia del Derecho”. Madrid, 2004, p. 259.

En Navarra, sigue Sanchez Arcilla, el derecho era muy rudimentario e incompleto. Durante mucho tiempo, las lagunas se subsanaban bien acudiendo al derecho aragonés, bien generando nuevas costumbres. Es posible que por la vía notarial y procesal se fuera lentamente romanizando la vida jurídica navarra por obra de letrados y prácticos.

La incorporación de Navarra a la Corona de Castilla en 1512 suscitó problemas, pues se intentó que el derecho castellano se introdujera en Navarra, como auténtico derecho común o derecho supletorio de todo el reino. Finalmente, las Cortes de Pamplona de 1576 zanjaron la tensión disponiendo que en defecto del Fuero General se juzgarían los pleitos por el “*ius commune*”.

El Derecho romano vino así a complementar todas estas legislaciones, incluida la de Castilla, de la mano de las Partidas, que sufrieron, como es sabido, el consiguiente rechazo, por lo que su vigencia hubo de esperar al Ordenamiento de Alcalá de 1348.

Por tanto, de alguna manera, existía una cierta correspondencia en este punto en los distintos territorios hispánicos. Séame permitido traer aquí las palabras de Félix María Falguera³¹ en su segunda conferencia en el Ateneo barcelonés, se preguntaba: “*Puesto que las leyes de Partida no son leyes en este territorio, ¿por qué las citamos con tanta frecuencia? (...) El señor Oliver nos increpa por ello, y en esto funda un grave cargo contra nuestro derecho, tachándole de confuso e incierto, porque pronto acudimos para suplir los Usajes y Constituciones a las leyes romanas como a las de Partidas*”. Reconoce Falguera, que “*yo he incurrido en esta falta*” y explica: “*Los letrados catalanes tienen la costumbre de citar las leyes de Partida, sabiendo que aquí no rigen, porque son iguales a las romanas, porque están sacadas de ellas, y el aprecio que ha adquirido en Cataluña el derecho romano hace que se le busque en todos los parajes en que se encuentra, como para reforzarlo, para darle cuerpo y en prueba de que esta es la verdadera causa de la abundancia*”.

³¹ “Conferencias de derecho catalán”. *Cit.* Segunda conferencia.

*de citas de leyes de Partida, nótese que nunca las citamos solas, sino acompañadas de las romanas correspondientes. Lo que nos proponemos con esto es duplicar la cita, creyendo que, si una ley romana tiene fuerza como a uno, acompañada de su relativa del Código alfonsino la tendrá como a dos, y acaso como a tres por estar más vulgarizado este Código en los Tribunales españoles a quienes nos dirigimos”. Y concluye: “El señor Oliver no nos ha comprendido. Nosotros nos comprendemos sin hablarnos. Yo sé porque se citan las leyes de Partida y no lo he preguntado a nadie. Citamos las leyes de Partida porque nos interesan, porque nos gustan, porque forman un duplicado del derecho que nos rige que merece todas nuestras afecciones y todas nuestras simpatías; no citamos las leyes de Toro, no citamos las Recopiladas anteriores al decreto de nueva planta; esto, si alguno lo hiciera, sería un delito de lesa derecho catalán”. Este Bienvenido Oliver no comprendía muchas cosas ni siquiera, pese a ser subdirector de los Registros, la esencia de la Ley Hipotecaria, que radica en el título inscrito, razón por la que escribía su añorada inscripción sustantiva “*more germánico*” en mayúsculas y reservaba las minúsculas para la inscripción prevista en nuestra Ley; pero esto es otra historia.*

La costumbre contra *legem*

El Derecho Romano procuraba un suelo más o menos común, pero su misma evolución no permitía resolver con claridad el papel del príncipe o de las leyes a él vinculadas y el valor de las costumbres. Es aquí donde se produce una bifurcación fundamental entre aquellos territorios que anteponen sus libertades y costumbres y la legislación castellana que los supedita al príncipe y por consiguiente a las leyes. El punto máximo de tensión se percibe en el tratamiento de la costumbre contraria a la ley. Por un lado, los Reinos de Aragón, Valencia, Navarra, Mallorca, el Principado de Cataluña y el Señorío de Vizcaya y, por otro, las Partidas.

Todos aquellos territorios partían de la primacía del pacto, de las conveniencas, cartas o paramientos y, tras ellos, privilegios, inmunidades, y los

buenos usos y costumbres. Respecto de estas últimas destaca Vallet³²: “El *usatge una quaque gens; en Aragón el fuero “de iis quae dominus rex; en Navarra la divisa de los infanzones de Obanos “Pro libertate patria gens libera etate; en Vizcaya el apotegma “herrick bere legea ,etxetbere aztura”. En 1283 Pedro el Grande en Barcelona respecto del Principado catana, y en Zaragoza para el Reino de Aragón —convino con las respectivas cortes— “el respeto de las libertades, franquicias, costumbres, buenos usos y de todos los privilegios aplicados en tiempos de su padre, el rey Jaime. Respeto ratificado por diversos soberanos y, especialmente en Cataluña por Jaime II en las cortes de Barcelona de 1299; en Aragón en el fuero antes citado, por Pedro el Ceremonioso 1348; para Navarra por los reyes Teobaldo II, en 1252, y Carlos el Noble, en 1417. Todos estos reconocimientos fueron reforzados por juramentos y con la exigencia de que sus sucesores en la monarquía los reiteraran antes de posesionarse del reino.” Este procedimiento es muy parecido al que se seguía y seguiría en Vizcaya en 1452 y 1526, con la diferencia, que estos últimos reconocimientos se realizaron por los reyes de Castilla, en su caso Fernando el Católico como consorte, y por Carlos I, de modo que se antepusieron expresamente a la legislación castellana.*

Las Partidas (P.1.2.5.)³³, antes lo decíamos, siguieron la línea de las “Exceptiones Petri” en el sentido de equiparar la costumbre con la

³² “Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho”, II, p. 522.

³³ P.1.2.5, “*Quien puede poner costumbre, e de qué manera*”: “*E tal pueblo como este, o la mayor partida del, si usaren diez o veinte años a fazer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiéndolo en Señor, e no contradiciendo e teniendo por bien, pudenla fazer, e debe ser tenida e guadaada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejaramente dos juicios por ella de homes sabidores, e entendidos de juzgar, o no habiendo gelas controle, eso mismo sería cuando contra tal costumbre en el tiempo sobredicho, alguno pusiese demanda o su querella o dixese que no era costumbre que debiese valer , e el juzgador ante quien acaesciese tal contienda, oídas las razones de ambas partes juzgase sque era costumbre de todo en todo. . . E otrosi decimos que la costumbre que el pueblo quiere poner, e usar de ella, debe ser con precisa razón, e no contra Ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra ley procomunal de toda la tierra, del logar do se fase, e debenla poner con gran consejo e non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho e razón, e pro; cas si de otra guisa la pusieren, no serái buena costumbre, mas dañamiento de ellos e de toda la justicia”.*

prescripción, a la par que quedaba supeditada al tácito consentimiento del príncipe y a su justificación por “*precisa razón*; es decir, que no fuera contra la Ley Divina ni el Derecho Natural ni ley procomunal; y todo ello bajo la condición de resultar acreditada. La costumbre — agregaban en la ley siguiente— solo “*puede tirar las leyes antiguas, que fuesen fechas antes que ellas, pues que el rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobredicho es, o mayor*”. En su Glosa Gregorio López consideró que no puede el pueblo desusar una ley sin conocimiento del príncipe, salvo si se tratara de costumbre inmemorial.

El imperio de las leyes

El criterio de las Partidas se radicalizaría en el siglo de las luces. Surge, entonces, lo que Jean Carbonnier³⁴ denominó “*la pasión por las leyes*”, ya que:

“Legislar es un placer de una especie mucho más exquisita que mandar. No es la realidad grosera que el amo lanza al esclavo o el jefe al soldado, imperativo inmediato y sin futuro. No. Es la ley, la orden sin rostro que quiere ser universal y eterna, a ejemplo de la divinidad e igual a ella. La orden lanzada en el espacio y en el tiempo, que va al encuentro de una masa anónima y de invisibles generaciones.

Se puede pensar que existe una pasión por legislar, una pasión por las leyes, que no se confunde en absoluto con la banal sed de poder, ni incluso con el más sincero goce que se puede sentir al hacer testamento. Es un fenómeno de psicología jurídica, que es indisolublemente psicología social y colectiva, pues el legislador es un hombre, es también la expresión de una sociedad”.

La transición de un régimen feudal, básicamente consuetudinario, a un sistema liberal solo podía hacerse por medio de la Ley. Ciertamente, esto era así en la esfera política, pero trasladado este principio, que se llamó filosófico, a la esfera civil, la ley se presenta como una restricción de la libertad preexis-

³⁴ “Estudios sobre las leyes”. Ed. Civitas, pp. 184 y ss.

tente. Parece, entonces, como si todo hubiera de ceder a la proclamada “santidad de las leyes”; concepto que utiliza Portalis al presentar el proyecto de Código civil francés para explicar que no puedan derogarse por convenciones particulares las que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

En su opinión, las convenciones contrarias al orden público “*deben desaparecer ante la santidad de las leyes*”. *La conservación del orden público en una nación cualquiera es la ley suprema y dar firmeza a las convenciones contrarias sería colocar la voluntad particular sobre la voluntad general, sería disolver el Estado*. En lo que atañe a las buenas costumbres, su opinión es muy interesante: “*Las buenas costumbres pueden y deben suplir las buenas leyes, siendo como son ellas el verdadero cimiento del edificio social, y todo lo que las ataca, ataca también las leyes mismas, si pudiera faltarle a la moral pública por las convenciones que celebran entre sí los individuos...*”.

La santidad de las leyes encuentra su fundamento en el hecho de que son ellas las que definen el orden y la moral; definen su propia “*ratio*”, lo que es “*bonum et aequum*”, sin recibir su santidad, como antiguamente, del Derecho Natural; las leyes, desligadas de ataduras religiosas, son, sin embargo, sagradas, pues provienen de la diosa razón, sin otro sacramento que el bautizo o promulgación.

Pero, al igual que antes con la “*ratio*” y la “*aequitas*” ¿Quién define el orden y la moral públicas? Al final, el propio legislador, la costumbre desaparece como norma y no hay, por supuesto, ninguna llamada al “*sensum naturalem*” ni a la buena razón, la ley está dotada de racionalidad intrínseca, sin necesidad, por tanto, de mitificar al legislador, al modo de Rousseau en el contrato social: “*El alma grande del legislador es el verdadero milagro que prueba su misión*”. En fin, a pesar de todo, *no se puede ni se debe ir en contra las leyes, son esenciales y, en el peor de los casos, ironiza Carbonnier, un mal necesario*³⁵; aunque sería deseable que el legislador fuera razonable

³⁵ ¿Es la ley un mal en sí misma? “En Estudios Jurídicos”, *cit.*, pp. 243 y ss.

y, por consiguiente, se redujeran al mínimo indispensable, si bien esto último, que, efectivamente, parece un milagro, es ya otra cuestión.

La codificación francesa inspiraría el Proyecto de García Goyena de 1851, que negaba se pudiera invocar contra la observancia de las leyes el desuso o en la práctica por antiguas y universales que fueran. El Código civil reiterará que *“las leyes solo se derogan por otras posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, la costumbre o la práctica en contrario”*. El artículo 4 añadía: *“Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo que la propia ley ordene su validez”*. Y el artículo 6: *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se aplicará la costumbre del lugar...”*.

Empero la actual redacción del artículo 2 se limita a declarar que *“Las leyes solo se derogan por otras posteriores”*. No menciona el desuso ni la práctica en contrario. El artículo 1-3 señala que: *“La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada”*. Y el artículo 6-3: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

Se puede mantener a la vista de estos preceptos lo siguiente:

PRIMERO: una cosa es la derogación de la ley y otra su inobservancia consustancial al desuso. La ley desusada conserva su fuerza, aunque sea latente y puede revivir ante los tribunales, a diferencia de la ley derogada, que no resucita en ningún caso.

SEGUNDO: La práctica contraria, si aplicamos el artículo 6-3 del Código civil, será válida si la ley es dispositiva y, aun si es imperativa, en aquellos casos en que ella misma prevenga un efecto distinto de la nulidad. Hay aquí una diferencia sustancial con la anterior regulación del artículo 4 del Código civil. Le falta al Código civil la disposición que sabiamente se contiene en el artículo 4 de la Ley de Derecho Civil Vasco, que bajo el rótulo de *“libertad civil”* precisa que las leyes se presumen dispositivas. Se trata de un acierto, digno del mayor elogio.

TERCERO: El artículo 6-2 admite “*la exclusión voluntaria de la ley aplicable*” siempre que no sea contraria al interés u orden público o perjudique a terceros. De donde, solo serían imperativas las leyes vinculadas al orden público.

CUARTO: Si cabe la exclusión voluntaria de la ley aplicable mediante pacto, ¿no habrá que aceptar igualmente la exclusión consuetudinaria? La respuesta negativa se basaría, en este caso, en que dicha costumbre contra ley dispositiva no tiene fuerza de obligar si no es consentida. Pero, la práctica en contrario puede ser generalizada, mediante cláusulas de estilo, que, a diferencia de la primitiva redacción del Código, producirá la inobservancia de la ley. Estamos a un paso de la costumbre “*contra legem*”; aunque un paso que no llega a darse: una cosa es el derecho dispositivo y otra el derecho supletorio³⁶, a cuyo perímetro se reduce la costumbre en el artículo 3-2 del Código Civil.

QUINTO: Cuando el Código civil rige como derecho supletorio de otras legislaciones españolas cede ante la costumbre local. Y lo mismo ocurre siempre que la propia ley se asigna expresamente este cometido como acaece en el caso de la “*veciña*” o de la “*compañía familiar gallega*”.

³⁶ El 6-2 del Código Civil permite las cláusulas, aunque devengan de estilo, que alteren el derecho dispositivo, que den lugar a su exclusión voluntaria. Pero hace falta el sustento explícito de la voluntad; no da entrada al “*tacitus consensu populi*”, por cuanto, el artículo 3-2 limita la aplicación de la costumbre “en defecto de ley aplicable”, la relega a derecho supletorio, a falta de ley, ya sea imperativa o dispositiva; por eso, la afirmación contenida en el texto de que le falta un paso.

Libertad civil y autonomía de la voluntad

A mi modo de ver, la distinción entre libertad civil y autonomía de la voluntad, que en la que el Código civil respecta se ha desvanecido en la esfera patrimonial, pues en este contexto el artículo 1255 del Código civil es también expresivo de la libertad civil, a diferencia del artículo 1322 del Código civil italiano que bajo el título “*autonomía contractual*” señala que las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley, y, seguidamente que las partes pueden concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal de se dirijan a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico. En otras palabras, los contratos atípicos están sujetos a un juicio de mérito. No ocurre así en nuestro derecho.

No me extenderé más en este punto que he tratado en una monografía sobre la elaboración conceptual del negocio jurídico³⁷: las leyes a las que se refiere aquel precepto no delimitan la autonomía privada, ni fijan, como pensaba Betti³⁸, la competencia dispositiva de las partes, ni obedecen al planteamiento germánico de Flume³⁹ a cuyo parecer: “*Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada, son siempre, ciertamente, efectos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada solo tiene eficacia jurídica en virtud del ordenamiento jurídico.*” Reconoce este autor que la mayor parte de los tipos particulares de actos no son una creación consciente del derecho, sino que se han desarrollado en el tráfico antes de su conocimiento, pero solo se convierten en negocios jurídicos cuando son reconocidos por el ordenamiento.

³⁷ “Instituciones de Derecho Privado”, tomo 1. Ed. Civitas. “El negocio jurídico. Parte primera. La elaboración del concepto”, pp. 81 y ss. Esp. 306 y ss.

³⁸ “El negocio jurídico”. Ed. Comares, p. 80.

³⁹ “Negocio Jurídico”. Fundación Cultural del Notariado. Traduc. José María Miquel, p. 25.

Vallet⁴⁰ objetó con razón: “*A mí me parece que decir esto es propugnar que el carro del reconocimiento se anteponga al caballo de la creación, que el remolque se ponga delante del tractor... Este criterio significa que ningún negocio es jurídico hasta que la ley y la jurisprudencia lo reconozcan. Pero si lo reconocen —pregunto yo— ¿será porque ya era jurídico o bien solo porque lo quieren aquella o éste?*”

Desde el punto de vista opuesto, la libertad civil, el pacto es lo primera fuente del derecho, o el primero de los elementos mediadores con la naturaleza de las cosas y la determinación de los hechos jurídicos.

Por mi parte, siempre he pensado que el 1255 acepta de antemano la eficacia del pacto, no porque se reconozca legalmente.

Joaquín Costa en su teoría del hecho jurídico escribiría: “*No hay leyes permisivas. Ese viscoso término trae su origen de una falsa concepción del derecho, del Estado y de la Soberanía; parece como que el legislador suelto graciosamente una parte de su autoridad o poder y hace concesión de ella al individuo, la familia o a otro cualquier círculo o corporación; siendo así que el derecho voluntario es tal, no porque lo quieran los poderes públicos, sino porque lo requiere la naturaleza misma del derecho y los fueros de la personalidad*”. En nota aparte indica que así lo presintió el ilustre Grocio cuando decía que la permisión no es propiamente un efecto de la ley.

No. No hay un reconocimiento dimanante de una calificación positiva, sino la ausencia de un freno legislativo (de carácter negativo). Por tanto, el convenio realizado genera efectos mediante no se nieguen por el ordenamiento jurídico en función de las limitaciones preexistentes. La inexistencia de limitaciones (negación de la negación) provoca una apariencia positiva, de un reconocimiento que no existe en la realidad.

⁴⁰ “Metodología Expositiva y Explicativa del Derecho” II, p. 1462 y ss.

En definitiva, el contrato produce efectos, si no traspasa los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. La transgresión de esos límites es una cuestión de hecho, cuya apreciación en último término compete al juez. En consecuencia, la existencia del contrato se encuentra lastrada por la posible existencia de limitaciones, lo que representa un quebranto de la seguridad jurídica. Por eso, cobra especial realce su otorgamiento en escritura pública, que, permite, gracias al control de legalidad verificado por el notario, incorporar el contrato o negocio al tráfico jurídico, revestido de una presunción de legalidad. La escritura pública supone la recepción del contrato en el protocolo notarial, que es un archivo de titularidad estatal. La autorización comporta, en este caso, un reconocimiento jurídico del negocio escriturado. El negocio jurídico notarial adquiere, por tanto, rango oficial.

La libertad civil en la esfera familiar y sucesoria

Es aquí donde se observa una mayor diferencia entre el sistema tradicional del derecho castellano y las otras legislaciones existentes en España. Pero, esa diferencia con el tiempo ha disminuido, de manera muy relevante con la ley 8/2021 que convierte en supletoria la intervención judicial frente a las medidas de apoyo voluntarias, al tiempo que avala y refuerza las previsiones realizadas por los disponentes a título gratuito en materia de administración y disposición y la posible exclusión de autorizaciones judiciales, lo que permite el asentamiento convencional de soluciones familiares.

La otra diferencia notable se detecta en la extensión de la libertad de testar, que un tema tan viejo como de candente actualidad. La tendencia legislativa ha sido aminorar la legítima, así ha ocurrido en Aragón que la ha dejado en una mitad, en el País Vasco concretada en un tercio y en Galicia que como en Cataluña ha quedado reducida a un derecho de cré-

dito sobre una cuarta parte. Baleares, por su parte, sigue fiel a la Novela XVIII de Justiniano y tampoco han sido modificados ni el Código civil ni en la ley navarra ni en Fuero de Ayala⁴¹.

Llegados a este punto, creo conveniente echar la vista atrás y examinar la transición en Roma de la libertad de testar a un sistema legítimario.

Como casi siempre, la historia de las instituciones nos lleva al Derecho Romano, que asumió originariamente la libertad de testar: la única condición que pesaba sobre el testador era la desheredar expresamente a los hijos y genéricamente a las hijas y nietos. Esta libertad se basaba en una moralidad exigente.

Júzguese lo exigente que era que el matrimonio dependía del mantenimiento de la “*afectio maritalis*” y, sin embargo, el primer divorcio fue el de Carbilio Espurio que repudió a su mujer por estéril doscientos treinta años después de la fundación de Roma⁴². Pero, las costumbres se relajaron, la proliferación de divorcios daría lugar a que se pactara por el padre constituyente la dote su restitución por medio de la “*cautio rei uxoriae*”, que inspiraría la posterior previsión legal de la “*actio rei uxoriae*”⁴³.

Sin embargo, los hijos fueron todavía un freno frente a la infiltración de los extraños, pues cuando Ulises pregunta a la sombra de Tiresias de qué modo rehacer su fortuna, el gran adivino responde “*que el más seguro medio es ir a la caza de testamentos: desprecia a los que tengan hijos en su casa*”

⁴¹ Las páginas que siguen las extraigo de mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia leído el 15 de diciembre de 2015. “Quo legitima tangitur. La intangibilidad cualitativa de la legítima”.

⁴² Plutarco: “Vidas paralelas”, “Teseo y Rómulo”.

⁴³ Véase: Bonfante “Corso di Diritto Romano” V. Primo. Diritto de Famiglia. Milano 1963, pp. 464 y ss. También, entre nosotros, Ignacio Cremades y Javier Paricio, “dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres”. Ed. Bosch, 1983, p. 36 y ss.

o una esposa fecunda”. Pero, sin descartar el casarse con una vieja matrona, así Gemelo “*que fue a casarse con Maronila, vieja y feísima. ¿Qué atractivo le sedujo? Maronila tenía una tos pésima*”. Esta solución que nos brinda Marcial en sus Epigramas, choca frontalmente con la tradición de un pueblo que otorgaba la máxima dignidad a la propiedad obtenida a través de la “*ocupatio bellica*” o, en todo caso, por el propio esfuerzo.

El caso es, que con el tiempo ni los hijos fueron freno suficiente respecto de los abusos. El Digesto nos da cuenta de ciertas desheredaciones “*instigadas por alguna falsedad*” (D.5.2,3) o de quienes hacen injuria a sus descendientes “*corrompidos por los halagos e instigaciones de las madrastras*”, (D 5. 2, 4).

El remedio fue declarar el testamento inoficioso, mediante la pertinente querrela que exigía demostrar que sin merecerlo y por lo tanto indignamente había sido uno preterido o también excluido de la herencia por desheredación.

En estos fragmentos la querrela no aparece vinculada a la necesidad de alimentos⁴⁴, sino como un remedio para deshacer la injuria o indignidad que representaba la exclusión por comparación a los favorecidos por el testador.

El testamento se reputaba inoficioso porque el padre había infringido sus deberes morales, el “*officium pietatis*”.

⁴⁴ La configuración de la “*patria potestas*” clásica, absoluta y perpetua, impedía el planteamiento de una acción alimenticia contra el padre. Los alimentos aparecen tardíamente a partir del siglo segundo y su acción se intensificará gracias a los emperadores cristianos. Véase: Giuseppe Lavaggi, Enciclopedia dell Diritto, voz “*Alimenti*”; y Biondo Biondi: “*Diritto Romano Cristiano*”, tomo III, Milano 1954, pp. 290 y ss.: La Novela 117, 7 los reconoce explícitamente a favor de los hijos indigentes, y recíprocamente respecto de los ascendientes; su fundamento según el conocido fragmento de Ulpiano, en D.25,3,5,2 estriba en “*caritateque sanguinis*”.

La “*iniura contra bonos mores*” es castigada aunque no coincida con ninguna de las figuras delictivas (D. 47,11, 1,1). Papiniano evocará el principio: *quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerint contra bonos mores, nec facere nos posse credendum est*. (D. 28,7, 15).

Es fácil explicarse que la desusada exclusión de los hijos en beneficio de extraños se catalogase como “*iniura*”, pues la infracción del “*officium pietatis*” suponía actuar “*contra bonos mores*”.

En este sentido, me parece atrayente la tesis, defendida entre nosotros por Ginesta Amargós⁴⁵, acerca del fundamento de la “*querella inofficiosi testamenti*”: primitivamente, en efecto, como sanción a la injuria o indignidad sufrida; posteriormente, durante el derecho postclásico, a modo de reacción ante la supuesta demencia del testador o “*color insaniae*”; demencia que los textos justinianos relegarían al nivel de simple pretexto, para hacer hincapié de nuevo en la idea de injuria (Capítulo V de la Novela 115) y en la “*paterna pietas*.” En este último sentido la glosa ordinaria⁴⁶ recomendaba al hijo que quisiera interponer la querella que no dijera que su padre estaba loco, sino que no se había atendido a la piedad (“*non fuisse sunctum officio pietatis*”), pues en el caso de estar loco, lo procedente no sería la querella sino la nulidad del testamento.

Sin embargo, el tratamiento legitimario de los descendientes debió inquietar bastante a Justiniano: primero, por lo limitado de la cuota debida; y después de incrementar por medio de la Novela XVIII su importe, a consecuencia de la práctica consistente en dejar una cantidad nimia o sin importancia como forma sucedánea de desheredar a los hijos, a reserva

⁴⁵ “Revista de Derecho Notarial”.

⁴⁶ “Iustiniani Sacratiss Princeps P.P. August Iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectorum. Libri quinquaginta. Legum interpretationibus. Argumenta. Observationes. Variique lectionibus, ac másime doctis de Ant. Augustini Iac. Cuiacii restitutionis: una cum recognitis Accursi aliorum veterum”. Glosa a D. 5.2,2 “Hoc colore”.

de la “*actio ad supplendam legitimam*”, que el mismo había admitido a fin de amparar la validez del testamento.

Una disposición del emperador Constancio, conservada en “Codex Theodosianus” (2,19,4) había introducido la acción de suplemento cuando, al disponer el testador de cierta cosa a favor del legitimario, declarara, para el caso de que no cubriera la legítima, que se la asignaba a cuenta de su valoración “*boni viri arbitratu*”. En la ley “*Omnimodo*” (C.3,28,30) Justiniano consideró sobreentendida dicha cláusula y confirió la acción de suplemento siempre que los descendientes hubieran recibido alguna cosa o cantidad “*aliquam eis quantitatem*” por el título que fuera.

Claro es que acogiendo a esta posibilidad debió ser bastante frecuente solapar la desheredación mediante una mínima atribución, dejando a cargo de los hijos la opción de pedir el complemento. De alguna manera con la “*Ley Omnimodo*” Justiniano había dado carta de naturaleza a una desheredación subrepticia, a una nueva manera de infringir una infamia. Lo curioso es que la indignidad, no consiste en gravar al hijo con la acción de complemento, sino en el hecho de apartarlo sin instituirle heredero.

A fin de corregir esta infamia, el emperador en la Novela 115 exigirá que los hijos sean instituidos herederos. Al mismo tiempo, evitará el arbitrio judicial por el expediente de tipificar las causas de desheredación y de imponer la carga de la prueba a los herederos beneficiarios.

Pero, en realidad, se trataba de un deber meramente formal. La legítima mediante una “*institutio ex certa re, etiam minima*”, incluso con un óbolo o como indica Baldo⁴⁷ en su comentario de la “*lex Cum autem: “nummo uno”*”.

⁴⁷ “*Super tertio Codicis*”. Lugduni 1551. Comentario a la “*Ley cum autem*”, a su entender cabe que el testador “*institutat in uno nummo*”, la “*ratio* (de la obligación de instituir *ut alias dixi, honorabilis titulis ius accrescendi*)”.

Esta práctica de dejar una cosa nimia tal vez explique la aparición en algunos lugares de legítimas simbólicas, ya que era cosa frecuente, “*communiter in testamentis*”, —como nos recuerda Peregrino⁴⁸ en su “*Tractatus de Fideicommissis*”— atribuir cinco sueldos a los hijos, lo que bastaba para evitar “*de nullitate testamenti ex capite preteritionis dicere, sed sibi supplementum legitimae necessario agendum fore*”⁴⁹.

Así las cosas: “¿Cuándo puede estimarse que hay libertad de testar? —se preguntaba Juan Vallet⁵⁰ en su tratado sobre las legítimas— *la libertad relativa, circunscrita a un determinado grupo de parientes, ¿puede conceptuarse libertad de testar?*”.

Durán y Bas⁵¹ hubo de ponderar esta circunstancia, cuando constataba que la libertad de testar no tiene por qué ser omnímoda o ilimitada. Mas entonces, ¿dónde estaban sus lindes con la sucesión forzosa? El jurista

⁴⁸ Marci Antonii Peregrini “Tractatus de fideicommissis”. Venetiis 1760. Artículus XXX-VI, nº 58.

⁴⁹ La cosa pudo ocurrir de la siguiente manera: la práctica de dejar algo a cuenta del complemento, concretamente cinco sueldos es posible que aconteciera durante el derecho romano vulgar, cinco sueldos dejaban los mozárabes en Toledo que se regían por el liber. Igual pudo ocurrir en otras comarcas, piénsese en el hereu o heredero único de la casa y en las obligaciones a su cargo del mantenimiento de la familia; en este contexto dejar una cantidad nimia era una solución, tanto más si luego no se reclamaba el complemento; por esta vía aquella legítima que era real pudo devenir simbólica. Explica Yaben que la legítima de los infanzones navarros no era poca cosa, el Fuero demandaba que se les dejara una vecindad, frente a esta legítima se impuso la costumbre contra ley de los cinco sueldos y una roba de tierra en los montes comunes, extensiva a los no hidalgos. Inicialmente no debió ser nominal: el Fuero de Tudela en la ley XVII atribuía “*al fillo de ganancia*” de padres solteros, cinco sueldos (Marichalar y Manrique, *op. cit.*, p. 129, a cuyo parecer Tudela recibió el Fuero de Sobrarve).

⁵⁰ “Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas. Tomo I. Tratado práctico y crítico de Derecho civil, volumen LVIII. Madrid 1974, p. 45.

⁵¹ “Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña”. Barcelona 1883, p. 206: “*Susceptible de varias formas el sistema de la libertad de testar, admite a veces las legítimas, y siempre*

catalogan resolvería de forma salomónica, según cupiera, o no, disponer de la mitad de los bienes. El mismo, en la discusión parlamentaria del Código civil⁵² se remite a las actas de la Comisión de Códigos para dejar constancia de las distintas opiniones: la de Sr. Comas a favor de los tres tercios actuales, que recibió ocho votos; la del Sr. Albacete que propugnó la legítima de un cuarto, con cuatro votos; la de Sr. Manresa que fijaba la legítima en una mitad de la herencia y la otra de libre disposición, tres votos; y la del Sr. Franco, con dos votos, una cuarta parte legítima estricta, dos cuartas mejora y el resto de libre disposición.

Si el derecho de Navarra o el de Ayala —explicaba Vallet— asume la plena libertad es porque presupone que, si alguna vez el padre deja el caserío, por ejemplo, a un sobrino y no a un hijo será por razones evidentes y muy graves; que ningún hijo sea labrador, todos hayan emigrado o que hayan sido educados para mejor profesión y oficio.

En este sentido, Uriarte⁵³, que escribió sobre el Fuero de Ayala en 1912, justificaba la plena libertad de testar en la tradicional moralidad de sus vecinos que hace que el apartamiento no ocurra más que en algún caso raro y excepcional, pues no se recuerda que en el transcurso de un siglo se haya producido más que en dos ocasiones. En el mismo sentido, Hilario Yaben y Yaben⁵⁴ respecto de Navarra señalaba en 1916 que *“la exclusión de todos los hijos no se ve jamás, porque los padres, aun sin la presión de la ley, saben cumplir sus deberes para con los hijos”*.

los alimentos (...); y susceptible de mayor o menor extensión el de sucesión forzosa, se comprende dentro de él todo sistema en que el padre no pueda disponer a lo menos de la mitad de sus bienes”.

⁵² “Discusión parlamentaria del Código Civil”. Revista de los Tribunales. Madrid 1891, p. 753.

⁵³ “El Fuero de Ayala”. Tesis doctoral. Madrid 1912. Edición de la Diputación Foral de Álava, 1974. *Cit.* por Luis Roca-Sastre en “Derecho de Sucesiones”. Barcelona 1991, t. II, p. 89.

⁵⁴ “Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia”. Madrid 1916, p. 33.

Esa confianza no ha sido, pues, fruto de una apuesta legislativa, sino consecuencia de una tradición. Por ello, señalaba Juan Vallet que “*la libertad de testar puede ser útil o perjudicial según el uso que de la misma se haga (...) La conveniencia o inconveniencia de las leyes no puede juzgarse si no es con relación al clima social o moral al que se aplica. Mucho más que el juicio teórico de la Ley interesa la reacción que provoca en el organismo social*”.

Y han sido precisamente los abusos los que han llevado a la restringir de alguna manera la plena libertad de testar, en Nueva Zelanda primero, y luego en Inglaterra mediante las “*provisions for family and dependants*” Inherent Act. 1975. Se trata de una suerte de pensión cuya determinación queda al arbitrio judicial.

Mirian Anderson⁵⁵ da cuenta de que el juez habrá de tener presente la capacidad económica presente y futura de cada uno de los solicitantes y la de los beneficiarios, las obligaciones que gravan el caudal relicto, la incapacidad física o mental del demandante o de cualquier otro beneficiario, así como todo dato que juzgue relevante, incluida la conducta del peticionario respecto del causante.

La confianza en los padres se compensa por la confianza en el oficio judicial. Pero a nadie se le escapará que esta intervención judicial de la herencia no es deseable. Por tanto, los testadores se ven impelidos a incluir disposiciones o provisiones que sean sensatas o razonables (*reasonableness*), lo que remite, de acuerdo con Barrio Gallardo⁵⁶, a la antigua doctrina canónica, a la que Blackstone aludía como “*pars rationabilis*” en detrimento

⁵⁵ “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”. ADC. 2006. T. LIX F. III, p.1276 y ss. Advierte que hay dos standards distintos: el correspondiente al cónyuge viudo o civil partner que correspondería a la provisión que sería adecuada que recibiera el esposo o compañero; y el llamado “maintenance standard” que persigue averiguar el nivel de la prestación, que, atendiendo a las circunstancias del caso, sería conveniente.

⁵⁶ “El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho de alimentos”, *op. cit.*, p. 273.

del capricho y la crueldad embebidos en la pura arbitrariedad, pero sustentados ahora en la discreción judicial, depositaria de la moral pública.

En otras palabras, el sistema de la provisión familiar pretende suscitar testamentos razonables. Nos encontramos a un paso del romano “*color insaniae*”, y este paso se ha llegado a dar en los Estados Unidos, como pone de relieve, Barrio Gallardo⁵⁷, dónde ante la falta de estas provisiones o pensiones familiares, ha sido bastante frecuente la impugnación de los testamentos no razonables o injustos por falta de capacidad del testador o por pretextos puramente formales.

A pesar del carisma con que últimamente se nos presenta el derecho anglosajón, la provisión razonable no es ninguna novedad; representa de facto un salto atrás. Y desde luego, el grado de discreción judicial sobrepasa con mucho las temidas particiones castellanas que otrora reprobaban nuestros autores forales.

La racionalidad de la provisión testamentaria remite, en efecto, al arbitrio judicial. Ante una situación análoga, el Tribunal de los Centumviro, acabó desechando la querrela siempre que el pretendiente hubiera recibido al menos una parte igual a la establecida para la falcidia, es decir una cuarta parte⁵⁸. Justiniano, que incrementaría la “*portio legitima*”, quiso igualmente reducir el debate judicial al fijar taxativamente en la Novela 115 las causas de desheredación. Por eso, me permitía señalar que la regulación británica de la materia, lejos de constituir una novedad, supone desde nuestra perspectiva un retroceso.

⁵⁷ “El largo camino hacia la libertad de testar...”. *Cit. Supra*, p. 275. Resulta muy interesante la bibliografía que cita en la nota 1355.

⁵⁸ Mainz: “Curso de Derecho Romano”, Barcelona 1888, T.III, p. 406, nota 15, explica la aplicación de la cuarta, a través de una epístola de Plinio (V. I) en la que concilió a las partes enfrentadas mediante la atribución de una parte igual a la falcidia.

Al final, tenía quizás razón Joaquín Costa: lo coherente si se opta por la libertad de testar, es asumir sus consecuencias y suprimir la legítima, sin perjuicio de los alimentos cuando resulten debidos. El tema de fondo, sin embargo, estriba en si existen unos deberes morales de los padres respecto de los hijos; y en el caso de existir, si deben traducirse en disposiciones jurídicas.

Desde luego, cabe argüir que los padres pueden gastarse su fortuna como quieran y dejarla a quien gusten. Esta pretensión no es nueva, aparece en la historia con distintos grados de radicalidad, a veces, por motivaciones piadosas⁵⁹; y, otras, por todo lo contrario, como acontece en la anécdota que nos transmite Suetonio⁶⁰: —“*Ojala una vez yo muerto, desaparezca la tierra en el fuego*” —dijo uno— y Nerón respondió: “*Mejor aún que ocurra esto estando yo vivo*”.

⁵⁹ La libertad de testar debe mucho a las mandas piadosas. También la reserva hereditaria francesa, que surgiría a modo de reacción contra las donaciones realizadas por francos y burgundios a la Iglesia, y que darían lugar a la aparición de una clase social, causante de una cierta inestabilidad social en tiempos de Carlomagno, los “desheredados”, que motivaría, andando el tiempo, la supeditación de las donaciones a ciertas cautelas como la “*laudatio parentum*”, luego sustituida por el retracto gentilicio y finalmente por la reserva que surge, por tanto, como una reacción o defensa de los hijos y parientes frente a tales disposiciones. Es muy interesante, el estudio de esta evolución, a través de los documentos, que contiene el libro de Jean Laplanche “*La reserve coutumière dans l’ancien droit écrit français*”. Paris 1925. La Iglesia, preocupada por la situación lamentable de los “*exheredati*”, en determinados Concilios Sinodales, castigará a los clérigos codiciosos, culpables de extorsión, con penas canónicas, a la par que concede la devolución de los bienes sustraídos. (Concilio de Châlons, año 813; y de Mayence de ese mismo año); ya Carlomagno en una capitular del año 811 había ordenado la restitución a los herederos de los bienes cedidos a Dios, a cualquier santo o a los pobres, por personas incautas o poco doctas, para ganar el cielo o evitar el infierno, pero tales prescripciones fueron insuficientes ante la piedad de los francos, anota el autor. Véase pp. 56 y ss.

⁶⁰ Suetonio: “*Vida de los doce Cesares*”. Nerón, cap. 38. En “*Biógrafos y panegiristas latinos*”. Editorial Aguilar, 1969.

Sin embargo, el reproche que pudiera merecer el eventual abuso, se procura corregir, tratando de asegurar la situación de los hijos menores de edad o dependientes. Por mi parte, me encuentro entre quienes se inclinan por restringir de alguna manera las disposiciones a favor de extraños si, por excesivas, representan un apartamiento injustificado de los hijos.

La libertad de testar ha sido tradicionalmente, allí donde se ha reconocido, un instrumento para mantener la fortaleza de la familia, asentada en la casa, caserío o masía o más allá del ámbito rural, para la sucesión de patrimonios dinámicos, como destacara Vallet⁶¹. Si, por el contrario, se utilizará para conculcar esos valores, carecerá de sentido.

Ahora bien, no por ello hay que confundir la legítima con los alimentos, arbitrados para el caso de necesidad. La función de la legítima, el mínimo común múltiplo entre las existentes, consiste en blindar el patrimonio familiar frente a los extraños. El problema fundamental ha sido, a mi juicio, la consideración del cónyuge viudo como un extraño respecto de sus hijos, que es una herencia histórica, que a veces se ha querido superar por elevación, mediante la proclamación de la libertad de testar. Por mi parte, siempre he pensado que la legítima de los hijos debería ser inoponible respecto de su padre o madre supérstite.

Joaquín Costa⁶² en el congreso de juristas aragoneses de 1880, frente al dictamen de la Comisión, partidaria de una legítima colectiva o de libre distribución respecto de los hijos legítimos, opuso la propuesta de: “*de-rogar las disposiciones vigentes en Aragón sobre disposición de bienes a favor de los*

⁶¹ “Las legítimas”, *loc. cit.*, V. I, p. 51 y ss.

⁶² “La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses”. Guara Editorial, 1981, pp. 391-392. En su opinión, de acuerdo con todas las escuelas es un principio universal “*que los hijos tienen de la Naturaleza derecho a que sus padres los alimenten y eduquen, poniéndolos en condiciones de vivir por sí, pero no que los hagan ricos, y por lo mismo que no es lícito confundir la institución jurídica de los alimentos con la institución de las legítimas*”.

descendientes y sustituirlas por la absoluta libertad de testar, en la forma misma en que se halla establecida y practicada en Navarra e Inglaterra”.

La defensa de la enmienda, en ausencia de Costa, corrió a cargo de Isabal⁶³, quien consideró aventurado que el congreso votase una libertad de testar al estilo inglés, por lo que para evitar dudas, formuló una nueva redacción que incluía la obligación de alimentar y educar a los hijos.

La absoluta libertad de testar, tal como se concebía en la Inglaterra de entonces no era fácil de aceptar, pues comportaba en palabras de Barrio Gallardo⁶⁴ un derecho subjetivo de creación judicial a ser caprichoso e incluso cicatero y cruel.

El derecho a ser cruel en la actualidad no admite defensa ni siquiera en Inglaterra. Los partidarios de la absoluta libertad de testar suelen minimizar su posible impacto sobre la base de que no es probable, puesto que normalmente los padres testan a favor de los hijos. Y es cierto. Pero, entonces, si ambos sistemas, en términos generales, producen el mismo resultado, el debate se desplaza hacia un campo marginal, aunque cualitativamente importante, la posibilidad de preferir a los extraños frente a los hijos.

En Cataluña el asunto se resuelve, desde las Cortes de Monzón de 1585, por medio de una legítima corta de un cuarto, lo que supone una amplísima capacidad de decisión. Quizás por ello don Luis Silvela⁶⁵ en la discusión parlamentaria del Código civil, tras confesar su enamoramiento de la viudedad foral, arremetió contra la legislación catalana, en su opinión la más inferior de las legislaciones forales, al punto, agregaba, *“que se necesitaba todo el vigor de los catalanes para poder resistir su legislación”*.

⁶³ “La libertad civil y el congreso de juriconsultos aragoneses”, *cit.* Supra, p. 455 y ss.

⁶⁴ “El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos”. Madrid, 2012. Especialmente, pp. 258-259.

⁶⁵ “Discusión parlamentaria del Código civil”. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888-1889. Revista de los Tribunales. Madrid 1991, p. 319.

Le contestó cumplidamente el Sr. Maluquer⁶⁶ con palabras de don Francisco Silvela, que pocos años antes, confesaba su enamoramiento por la institución del “*heru*”. En todo caso, ponía término a su alocución con la afirmación de que la familia catalana, con la navarra, es la única familia que merece el nombre de tal.

Y el caso es que no le faltaba razón a don Luís acerca del vigor necesario para respetar esta institución. El propio Costa⁶⁷ advertía que en la mayoría de los casos, lo menguado del haber, y las obligaciones de mantener a sus hermanos y de pagar dotes y legítimas, convertían al heredero en “*un esclavo, primero de sus hermanos, más tarde de sus hijos, sin que sea dueño de pensar en más, toda su vida, que en los plazos que van venciendo cada año*”.

El usufructo viudal

El recurso de conceder a la viuda el usufructo universal de la herencia fue la solución que emplearon originariamente los romanos para conciliar los intereses de la viuda y sus hijos.

Un fragmento de Scaevola, en D.33. 2, 37, contiene la célebre “*lex uxoriae meae*”, que autorizaba el usufructo concedido a la esposa del testador hasta que su hija alcance los dieciocho años⁶⁸.

La práctica de atribuir a la esposa el usufructo aparece igualmente en un texto del Codex 5, 10 alusivo a un rescripto de los emperadores Teodosio y Arcadio, que para el caso de contraer la viuda segundas nupcias ordenaba la restitución a los hijos de las donaciones maritales. Justiniano supeditaría después dicha restitución a la expresa previsión por el testador de la “*conditio viduitatis* (Capítulo 32 de la Novela 22).

⁶⁶ “Discusión parlamentaria del Código civil”. *Cit.*, p. 381 y ss.

⁶⁷ “Derecho Consuetudinario y economía popular de España”. *Cit.*, tomo I, p. 158.

⁶⁸ “*Uxori meae usufructum legum bonorum meorum, usque drem filia mea annos impleat octodecim. Respondit, secundum est, quae proponetur, omnium pertinet*”.

El legado de usufructo a la viuda debió de ser frecuente, de este modo, escribe García Garrido⁶⁹, el marido aseguraba los recursos necesarios a la mujer para llevar una vida digna dentro de la familia, sin lesionar por ello los legítimos derechos sucesorios de los hijos. La viuda seguía gozando del patrimonio familiar en unión con los hijos, sin que éstos perdieran la titularidad y disposición dominical⁷⁰.

En “Pro A. Caecina”, Cicerón, nos da noticia de un usufructo universal concedido a la viuda para que lo disfrute conjuntamente con el hijo y heredero, “*ut fruiretur una cum filio*”. La madre, aclaran Alvaro D’Ors y Bonet Correa⁷¹, no compartía una mitad con su hijo, sino que ambos eran usufructuarios solidarios, con el consiguiente “*ius adscrecendi*” a favor de la madre, en el caso de fallecer el hijo.

El ejemplo expresado ilustra la finalidad del usufructo que estribaba en suministrar a la viuda unos medios de vida familiar igual, en lo posible, a la vida familiar que sostenía el testador. Pero esta vida —insiste, D’Ors y Bonet Correa—, se constituía normalmente por la convivencia de los hijos o alguno de los hijos. El usufructo que se deja a la viuda no es un derecho exclusivo de ella, sino que se ha de comunicar con aquellos hijos que conviven con la madre. Normalmente, los hijos serán herederos del padre, la mujer, en cambio, simple usufructuaria, pero en concurrencia con sus hijos. El usufructo pertenece a todos solidariamente; los hijos tienen además la nuda propiedad.

⁶⁹ “Ius uxoriae” (...), pp. 130 y ss.

⁷⁰ Cicerón se hace eco de esta práctica, al paso que distingue entre uso y abuso del usufructo, así relativamente a la mujer que pretendía apropiarse de las provisiones de vino y aceite (Tópica 3, 17). En realidad, comenta García Garrido, *loc. cit.*, nota supra, la usufructuaria no es propietaria sino usuaria y administradora de las mismas.

⁷¹ “El problema de la división del usufructo. (Estudio romano-civilístico). (...) p. 83.

Originariamente, en nuestra patria el usufructo vidual debió tener bastante aplicación. Encontramos pruebas de ello en el Derecho visigótico⁷².

El texto del Fuero Juzgo (4,2,14), “*la madre si non se casare después de la muerte de su marido, debe partir igualmente en todos los frutos con sus hijos, mientras visquiere*” reflejaría, en opinión de Álvaro D’Ors y Bonet Correa⁷³ la tradición jurídica existente en los Fueros y Leyes de Castilla, según las cuales, una vez muerto el marido, la mujer quedaba en posesión de sus bienes en calidad de usufructuaria con los hijos.

La naturaleza solidaria del usufructo compensaría, por lo tanto, el hecho de que no fuera universal: los frutos serían de todos y se repartirían por igual el seno de la comunidad familiar.

Sin embargo, a diferencia de otras regiones españolas, en Castilla y León medievales no hay demasiadas pruebas de la concesión de usufructos universales por medio de testamento. La vía utilizada fue fundamentalmente el pacto matrimonial de unidad, que daba al supérstite el usufructo del patrimonio hereditario.

El asunto deviene problemático con el “*ius receptum*”, pues Justiniano había prohibido el usufructo universal en detrimento de los hijos; disposición hasta entonces desconocida en Occidente, pero que cobraría grandísima importancia gracias a la doctrina de los autores del “*ius com-*

⁷² El Código de Eurico contiene una disposición (322) reproducida en el Liber 4.2,14 y luego en el Fuero Juzgo, que depara a la madre en la sucesión intestada de su marido, mientras se conserve viuda, una cuota igual a la de éstos en usufructo. Aquel mismo código, 319, reproduce las previsiones del Codex Theodosianus y Breviario de Alarico 3.8,1 y 3.8,3, que, para el caso de venir a segundas nupcias, reducían en beneficio de los hijos del primer matrimonio el dominio de la mujer a un simple usufructo. Véase el libro de Manuel María Pérez Benavides “El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho Romano Vulgar”. Granada 1971, pp. 100 y ss.

⁷³ “La indivisibilidad del usufructo”, *op. cit.*, p. 101.

mune”. El capítulo III de la Novela 18 contiene, en efecto, esta famosa ley “*prohibemus*”⁷⁴.

La ley reprueba la costumbre de nombrar usufructuarias a las esposas, que el Emperador imputa, en la lectura que hace Rodrigo Suarez⁷⁵, a “*maritos molles quasi affeminatos*”⁷⁶, y, por tanto, según el comentarista, sometidos y obedientes a su mujer, como denunciara Juvenal en su sátira sexta (205) “*si amas ingenuamente a tu mujer, si sólo a ella has entregado el alma, inclina la cabeza, con la cerviz dispuesta a soportar el yugo. (215) Ella te prescribirá tus afectos*”.

Naturalmente esta argumentación no es hoy de recibo. Sin embargo, el trasfondo de la disposición es otro: la supeditación de los hijos a la madre, expuestos a su posible ira, y a la negación por ésta de la función alimentaria, tradicionalmente asociada a la institución. El Emperador como

⁷⁴ “En ella el Emperador advertirá que: “*sabemos de algunos testamentos, según los que no hicieron paternalmente los que morían las instituciones, ni como convenía a los hombres, sino con demasiada debilidad y falta de entereza, pues dejaron a sus mujeres todo el usufructo de sus propiedades, pero a sus hijos la nuda propiedad. Por lo cual creo que la intención de tales testamentos es que las mujeres adquieran la propiedad cuando los hijos hayan perecido acaso de hambre. Porque, ¿cómo se manejarán en el intermedio, y tendrán el cotidiano sustento, no habiéndoseles dejado nada, mediando por parte de la mujer ira, acaso irracional, que les quite la diaria manutención? No le será, pues, lícito en los sucesivos absolutamente a ninguno, que tenga hijos, hacer alguna tal cosa, sino que de todos modos les dejará el usufructo de esta parte legítima que ahora hemos señalado, como también la propiedad, si quiere ser llamado padre, de hijos que no mueren repentinamente de hambre, sino que tienen con qué vivir. Y todo esto lo decimos no solamente respecto al padre, sino también en cuanto a la madre (...)*”.

⁷⁵ Rodericus Suares. “*Repetitio Legis Quoniam in prioribus*” Opera Omnia, aditiones Jacobi Valdensii, 1614. “*Ampliatio tertia*”.

⁷⁶ Idéntica expresión emplearía Juan Gutiérrez en la 57 de sus “*Practicarum Quaestionum*” para justificar la inaplicación del usufructo a la legítima de los hijos. Martí Miralles, en sus “*Principis del Dret Successori*” Barcelona 1925, p. 279, consideró inadecuada esa justificación, pues la reprobación, contenida en la ley *Prohibemus*, iba dirigida a los maridos que, por excesiva predilección hacia su esposa, privaban a los hijos de la reducida legítima romana”.

reconoce en el capítulo quinto de la Novela 18 siempre se sintió molesto por las suplicas de hijos llorosos, y desde luego no le importó para poner fin al abuso acabar con un uso útil y perfectamente legítimo.

En cualquier caso, subyace aquí la idea de que la legítima ocupa el lugar de los alimentos, “*legítima succedit loco alimentorum*”, utilizada en lo sucesivo para argüir su derivación del Derecho Natural.

Y es cierto que ambas instituciones comparten una raíz común que es la “*pietas*” o “*charitas*”; pero, aunque prima facie se pueda decir que “*legítima succedit loco alimentorum*”, no por ello hay que omitir sus diferencias, perfectamente reflejadas por Surdo⁷⁷ en su tratado sobre los alimentos.

El citado comentarista se muestra de acuerdo con Bartolo: los alimentos no se deben al hijo si los obtiene de otro modo, pero en cambio se le debe la legítima; los alimentos se otorgan vivo el padre, la legítima, tras su fallecimiento; la cuota legitimaría es uniforme respecto del causante, sea rico o pobre, no ocurre igual con la prestación alimenticia.

Pero, además, no son desde luego intercambiables⁷⁸, habida cuenta de que los alimentos no se imputan a la legítima tampoco ocupan el lugar de esta: “*Inmo videtur, quod alimenta non succedant loco legitimam*”. En fin, en modo alguno la renuncia de la legítima excluye los alimentos⁷⁹.

Y por último⁸⁰, la legítima se debe en cuerpos hereditarios, mientras los alimentos se prestan en frutos. La legítima se dispensa al hijo con carácter definitivo o perpetuo, puesto que se puede disponer de ella; los alimentos, verdaderamente, se dan mientras se viva, “*pro vita tantum*”.

⁷⁷ Joan Petri Surdi. “Tractatus de Alimentis”. 1644, t. IX, quaestio 2.

⁷⁸ “Tractatus de Alimentis”. *Cit. supra*, t. IX quaestio 2, 6.

⁷⁹ “Tractatus de Alimentis”. *Cit. supra*, t. IX, quaestio 15.

⁸⁰ Surdo. “Tractatus de Alimentis”. *Cit. supra*, t. IX, quaestio 34.

Sin embargo, era una práctica inveterada la de atribuir al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia. Sabemos que Justiniano acordó su supresión en la conocida “*Lex prohibemus*”, preocupado, al parecer por la quiebra, de la tradicional función alimentaria, asociada al mismo.

Bien es cierto que esta prohibición chocaba, a su vez, con determinados textos del Digesto que acogían el usufructo a favor de la mujer. Los autores abordarán el problema con ocasión sobre todo de la ley “*uxori meae*”, que admitía, como sabemos, el posible usufructo.

La contradicción se resolvería negativamente para el usufructo viudal por la Glosa ordinaria en el sentido de que la ley “*uxori meae*” había sido corregida por las leyes “*scimus*” y “*cum autem*”⁸¹.

Hay que reconocer, empero, que la aplicación de la ley “*prohibemus*” pugnaba abiertamente con la práctica seguida en Occidente de dejar a la esposa lo que hoy llamaríamos un usufructo de regencia o fiducia sucesoria según los casos. La costumbre en este caso se impuso sobre la citada ley.

Juan García Granero⁸² nos ha legado su espléndida investigación sobre el tema e indica que es posible que el grado de aplicación de la ley justiniana no fuera tan intenso como cupiera pensar.

Así en un papiro de Asuán, fechado entre 583 y 584, los cónyuges acuerdan que el sobreviviente reciba el usufructo y un amplio poder de disposición sobre los bienes poseídos durante su vida que habrían de pasar luego a sus hijos. En el documento se define el derecho del viudo

⁸¹ Corpus Iuris Civilis. Prudentium responsas caesarumque rescripta complectens”. Lugduni, 1600. Glosa de Accursio a la citada Ley del Digesto.

⁸² “Domna et domina, potens et usufructuaria”. Separata del Anuario de Derecho Foral. II. Diputación Foral de Navarra. Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Años 1976 y 1977. Pamplona. Nota 124, p. 142.

con palabras muy expresivas como “*vita frui ...ut omnium bonorum ... habeat et possideat superstes ... eoque pro suis habent et dominentur et administrat et habitet*”.

Esta cláusula anticipa el modelo que aparece en un formulario utilizado por los notarios bizantinos en el siglo XIII en el que se dice que “*dejo y declaro a mi cónyuge señora y dueña y potestativa de esta casa de ella*”, expresiones que coinciden asombrosamente —nos dice el autor— con las utilizadas en la misma época en el Occidente de Europa. De ahí que esboce la hipótesis, muy plausible, de si la fórmula “*domna et domina, potens usufructuaria*”, a la que dedica su estudio, no nacería en el Derecho vulgar romano-oriental, para pasar luego por influencia bizantina a Italia, y luego al resto de las comarcas europeas que la aplicaron.

La fórmula “*domina et usufructuaria*” emerge en documentos longobardos hacia el siglo octavo y desde luego se encuentra por toda Italia entre las colecciones documentales de Ravena, Nápoles, la Liguria y Venecia.

Esta atribución se realizaba normalmente condicionada al mantenimiento de la viudedad, y no faltan documentos que exigían una vida honesta inclusive. En realidad, más allá del usufructo lo que recibe la viuda en un complejo de poderes que conllevan la dirección de la comunidad doméstica.

Quizás, por ello, según García Granero⁸³, los escribas encontraron insuficiente el término “*usus fructus*” y se vieron en la necesidad de acumular más vocablos. Se llega así a denominar a la esposa “*domna et domina*” aparente tautología que quería señalar la condición de ésta como dueña y señora de la casa. Los escribas no experimentaban reparo alguno en sumar y vincular los conceptos de “*domina y usufructuaria*”. Y es que, en realidad, se trataba de una “*domina ad tempus*” en una posición similar a la

⁸³ *Op. cit.*, p. 138 y ss.

de un fiduciario vitalicio, con obligación de conservar los bienes y administrarlos y usufructuarlos, no en su propio y particular beneficio, sino en función de los más altos intereses de la familia.

La institución aparece igualmente en las regiones francesas de “*Droit écrit*”, y se extiende por Aragón, Navarra y Cataluña⁸⁴. Se encuentra, asimismo, en el primitivo Fuero de San Sebastián y es igualmente un antecedente del Alkar poderoso.

En Aragón la citada expresión o las equivalentes “*domina et poderosa*” y “*domna et poderosa*”, mientras se conserve viuda, fue una práctica que pasaría a ser derecho legal en la Compilación de Huesca, aunque ésta no recoja exactamente la señalada fórmula, ni ella ni ninguno de los fueros aragoneses, lo que se debería al hecho de que la cláusula coexistía con otras, y a que dicho usufructo había quedado tipificado en las fuentes y en la doctrina de los fueristas bajo el nombre de “*viudedad*”⁸⁵.

En Navarra, el Fuero de Estella de 1164 tiene el honor de ser la primera norma europea en calificar a la viuda de “*domina et potentissima*”. Idéntica denominación empleará el Fuero de San Sebastián que constituye una adaptación del mismo. La viudedad se denomina a menudo “*fealdat*” así en la versión romanceada “D” del citado fuero de Estella, y decididamente en el Fuero General y en capítulo 9 del Amejoramiento del Fuero sancionado en 1418.

⁸⁴ Según García Granero (*op. y loc. cit.*), los diplomas catalanes durante el siglo X no emplean la palabra usufructo, sino “*teneat et possideat in diebus suis*”. En el siglo doce se sustituye por la expresión “*domina y potens*” que acaso provenga, en opinión del admirado notario que fue de Pamplona, de los formularios notariales italianos. Se trata, en todo caso, de una propiedad temporal o fiduciaria. Esta práctica se recogerá luego por el “*usatge Vidua*” si bien la letra “*vidua habeat substantiam viri sui*” responden a una práctica documental anterior a la fórmula “*domina et potens*” lo que le lleva a preguntarse si reproduce una redacción privada de fecha anterior al siglo XIII.

⁸⁵ *Vid.* García Granero: *loc. cit.* pp. 180 y ss. Esp. 186.

El silencio de la fórmula notarial “*dueña, señora, mayor, poderosa y usufructuaria*”, reiteradamente empleada durante los siglos XVI y siguientes, tal vez se explique, según García Granero⁸⁶, por cuanto con el nombre de “*fealdat*” dichos fueros parecen aludir no tanto a un usufructo de viudedad como a un estado de prórroga o continuación de la comunidad conyugal.

Esta figura fue desconocida en Castilla y León. Sin embargo, existía el pacto de unidad que evitaba la partición de la herencia con los hijos y otorgaba al supérstite el usufructo universal. Dicho usufructo alcanzaba tanto a los bienes gananciales como a los propios, como justifica García Granero⁸⁷ en atención a los cartularios de Eslonza y San Pedro de Montes.

El problema adviene, porque esta práctica, pese a su extensión, colisionaba de plano con la expresada prohibición justiniana; de manera frontal al incluir la cláusula “*domina et usufructuaria*”.

Los glosadores la abordan con evidente disfavor

Ven en ella una contradicción, que resolverán por el expediente de entender que la palabra “*domina*” tiene el significado honorífico de preeminencia⁸⁸; claro es, que ello supone descartar las facultades dispositivas y de asignación y distribución de los bienes que atesoraba la viuda, restringidas a las propias de un usufructo en sentido estricto. Y la verdad

⁸⁶ *Opus cit.*, p. 205.

⁸⁷ *Opus cit.*, p. 210 y ss.

⁸⁸ Bartolo: “Ad quartum librum Cod, Tit. “De secundis nuptiis” “lex unica”. Venetiis 1586, señalaba, en n° 6, que “*tale legatum valeat no obstante repugnancia, quia dico possi reduci ad concordia*”, y en el n° 7 apuntaba, “*tamen Azo etiam tenebat idem dicatur dominus, solum ratione preeminencia licet ad eam non spectet proprietatem*”. La idea de la permanencia hará fortuna, así Menochius en “De praesumptionibus, coniectum, signis, et iudiciis qui circa ultimas dispositiones, voluntades morientium versatur”. Venetiis 1603. 2 ars secunda liber quartus” Cons. 139, n° 2.

es que, en presencia de hijos, ni siquiera se le considera una verdadera usufructuaria, a consecuencia de la llamada “*consuetudo bulgari*”, que de concurrir con hijos solo le reconocía alimentos.

Podemos seguir este proceso, a través, por ejemplo, de los diversos comentarios realizados por Bartolo acerca del particular:

En un dictamen admitió la validez del legado dejado a la viuda, no obstante la perplejidad provocada a atribución simultanea de dominio y usufructo, que resolvía a base de negar el dominio, pues con dicha expresión, a fin de cuentas, sólo se quería resaltar su situación preeminente o de “*permanentiam in domo*”⁸⁹.

No era, pues, dominio⁹⁰ sino mero usufructo, del cual había que descontar la cuarta falcidia en beneficio de los herederos extraños, y, en todo caso, la legítima de los hijos (“*exceptio debito bonorum subsidio*”), de acuerdo con la “*lex quoniam in prioribus*”.

Sin embargo, en otro comentario⁹¹ se hace eco de la citada “*consuetudo bulgari*”, en virtud de la cual, la viuda, si había hijos, en vez del usufructo, recibía sólo alimentos. Y en su glosa a la “*Lex Titia*”⁹² imputa, tras los pasos de Accursio (C. 5,10) el origen de esta costumbre a la “*curia Bulgari*”.

De esta referencia, la equivocada imputación de la costumbre al glossador Bulgaro. La palabra curia en latín medieval —aclara García Granelo—⁹³ tenía también la significación de casa, se trataba, pues, como acla-

⁸⁹ Bartolo. “*Consilia*”, Venetiis 1586. *Consilium* CLXX, 1. vol.

⁹⁰ “Ad quartum librum Cod. Tit. “*De secundis nuptiis*”. “*Lex unica*” n° 8.

⁹¹ “Ad lib. VII Digest. Venetiis 1586. “*De usufructo, quibus modis usufructum amittit*”. Lex III n° 2.

⁹² “Ad lib. XXX Digest”. “*De legatis secundo*” LXXIII & *Titia*.

⁹³ *Opus cit.*, p. 218, nota 350.

raría Savigny⁹⁴, de la casa en la que habitó el glosador, comprada después de su muerte por la ciudad de Bolonia, y habitada por el “*potestá*”, donde otorgaba justicia. Este estatuto según el sabio alemán fue acordado, pues, por la asamblea ciudadana, reunida en la “*curia bulgari*”, la antigua casa de Bulgaro, y no era una calle de Bolonia, como creía Bartolo⁹⁵.

La “*cosuetudo*” se introdujo según dicho comentarista “*favor filiorum interpretandum*” y se basaba, por tanto, en el decir de Menochius⁹⁶, quizá, quien más pormenorizadamente la ha estudiado, en la presunción de que se quería más a los hijos, “*quos pater ipse praesumitur magis dilexisse quam propiam uxorem*”.

Esta práctica adquirió carta de naturaleza en Cataluña, conforme atestigua Cancer⁹⁷, al extremo de devenir con el tiempo una institución típicamente catalana, anclada en el paisaje y en el sentir del país, abstracción hecha de su formulación originaria, como demuestran las lecciones, de necesario recuerdo, impartidas por ese gran jurista que fue Martí Miralles⁹⁸. Esta costumbre se reconoce por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, en la sentencia de 29 de abril de 1916.

⁹⁴ “Storia del Diritto romano nel Medioevo, II capitolo XVIII, p. 27-28. *Cit.* por García Granero, *loc. cit.*, p. 218.

⁹⁵ “Histoire du Droit Romain au Moyen-Age”. Traduite par M. Charles Guenoux, t. IV. París 1839. Cap. XVIII, p. 26.

⁹⁶ “De presumptionibus, coniectum, signis et iudiciis qui circa ultimas dispositiones, voluntates morientium versatur” Venetiis 1603. Pars secunda liber quartum Cons. 139, n° 5.

⁹⁷ Variarum Resolutionum” Venetiis 1760- P. I Cap, III n° 39: “quod mater quae relicta fuit usufructuaria omnium bonorum, consequitur alimenta tantum in vita filii. Mortuo tamen filio reintegrari ad usufructum omnium bonorum, excepta legitima filii, quae pertinet ad haeredes filii, licet extraneos”.

⁹⁸ “Principis del Dret Successori” Barcelona 1925. Especialmente la sexta lectura, pp. 238 y ss.

La costumbre, que se extendió por toda Italia, como señalara Bartolo en el expresado comentario a la “*lex Titia*”, si bien se mira, brindaba una magnífica ocasión para que la doctrina aceptase la imposición de usufructo universal sobre la legítima de los hijos. Sin embargo, la opinión predominante se inclinó por deducir la legítima, con la salvedad, nos dice Vallet⁹⁹, de Dyno, de cuyo parecer discreparía Alberico de Rosate.

Esto motivó, que entre los autores de Derecho común se acabara por instalar una tendencia a la equiparación entre el usufructo atribuido al viudo y el reconocido a un extraño; criterio que seguirían el Proyecto de 1851 y la primitiva redacción del Código civil, lo que desde nuestra perspectiva actual connota una escasa sensibilidad, que separaba nuevamente la legislación castellana de la seguida en las otras legislaciones civiles, que permitían en su conjunto un tratamiento más favorable del cónyuge viudo.

Ejemplo de ello encontramos en Rodrigo Suarez¹⁰⁰ cuando reduce al quinto libre el usufructo universal dejado a la mujer o a un extraño (*relinquat uxori vel alteri*”), o en Mercurial Merlino¹⁰¹, que sintetiza la doctrina de los autores, partidaria de preservar la legítima frente al usufructo concedido a un extraño, aunque éste sea el cónyuge viudo (“*auod legatum usufructus omnium bonorum alteri factum...*”). Esta asimilación de la viuda por el extraño, a fin de salvaguardar la legítima filial, fue cosa común; otro

⁹⁹ “Cautelas de opción compensatoria...”. Tomos del Centenario de la Ley del Notariado, vol. 1. Sección tercera, p. 487, especialmente nota 215, en la que incluye el desmentido de Alberico y de paso la doctrina de Dyno: “*quod si maritus constituat uxorem dominam et massariam, et usufructuariam, quod debet habere usufructum omnium bonorum, et rerum, quod tamen* (objeta Alberico) *no est vero*”. Tengo para mí que muy probablemente la tesis de Dyno entronque con la aplicación de la “*consuetudo bulgari*” como puerta de salida para escapar de la prohibición justiniana.

¹⁰⁰ “Repetitio Legis Quoniam im prioribus”. Opera Omnia, 1614. Ampliatio tertia.

¹⁰¹ “Tractatus abasolutissimus”. *Loc. cit.*, L.III T.II Quaestio VII.

botón de muestra lo encontramos en Antonio Gómez¹⁰², que se interroga acerca del usufructo universal dejado a la mujer o a otra persona (*Item quaero, si pater instituat filium universaliter haeredem et uxori, vel extranei, relinquat usufructum...*) para contestar que el usufructo sólo habrá de subsistir en el quinto libre.

Hubo, con todo, un sector doctrinal minoritario que trataría de apoyar la extensión sobre la legítima filial del usufructo legado al cónyuge viudo.

Destaca, en este punto, Angelo degli Ubaldi¹⁰³, quien consideró válido el usufructo universal, si el valor de lo dejado al hijo en nuda propiedad rebasaba el importe de su legítima. Criterio que sería compartido por Bartolomé Caepolla¹⁰⁴.

No obstante, como pone de manifiesto Juan Vallet¹⁰⁵, esta tesis fue generalmente rechazada, por estimar que el hijo tenía derecho a recibir su legítima libre del usufructo, si bien Antonius Cucchus, Molinoeus y Jerónimo Ceballos¹⁰⁶ suavizarían sus consecuencias, al requerir que se compensara, la disminución sufrida por el usufructuario, con propiedades integrantes de la parte libre.

¹⁰² “Variae Resolutiones”. *Loc. cit.*, Cap. XI, 26.

¹⁰³ “In Authenticorum Volumen Aurea ac peregrina Comentaria.” Colla. III. T.V. “De triente et semisse”, vers. Prohibemus, n° 5 (ed. Venecia 1580). Citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 488 nota 236.

¹⁰⁴ “Tractatus Cautelarum” Caut. XXI n° 2. Lugduni 1578. Citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 489, nota 237.

¹⁰⁵ “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 489 y ss.

¹⁰⁶ “Speculum, practicarum et variarum quaestionum communium contra communes”. Quaestio 68, n° 2. *Cit.* por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria...”. *Loc. cit.*, p. 492, nota 250.

Entre los clásicos castellanos, Ayerve de Ayora¹⁰⁷, abordó el asunto con pulcritud, para argüir que debía admitirse la validez del usufructo si no sobrepasaba el valor del quinto libre. Razonaba, además, al hilo de la “*lex non amplius*”, que el hijo podía abonar a la madre el valor del usufructo en dinero o con la adjudicación de bienes hereditarios.

Sin embargo, estas opiniones no cuajaron del todo; ya antes del tratado de Ayerve, Rodrigo Suarez¹⁰⁸ y Antonio Gómez¹⁰⁹ se mostraron partidarios de restringir el usufructo al quinto de libre disposición, aunque, como señala Vallet¹¹⁰, un cierto número de autores, entre ellos Juan Gutiérrez, Ayllón Lainez, y Castillo de Sotomayor, se inclinaron por admitir la conmutación, de ser ésta la voluntad del testador, solución a la que se sumaría Febrero en pleno siglo XVIII.

El Proyecto de García Goyena introduce la siguiente cautela en el artículo 649:

“Si la disposición consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposición o abandonar la parte disponible”

En sus “Concordancias” señalará el autor que el método, tomado básicamente del Código Francés, se aparta del prusiano, que ordena la capitalización de la parte que reciben los legatarios en anualidades o en usu-

¹⁰⁷ “Tractatus de Partitionibus bonorum communum inter maritum et uxorem et filios ac heredes eorum”. Secunda Pars, quasetio XXI Editio Novissima Valencia 1766. También citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria...”, *loc. cit.*, p. 492, nota 251, por referencia a la misma edición y a otra de Granada 1586.

¹⁰⁸ “Repetitio Legis Quoniam im prioribus”. Opera Omnia, 1614. Ampliatio tertia. También citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”, p. 494.

¹⁰⁹ “Variae Resolutiones”. *Loc. cit.*, cap. XI, 26. Editio Novissima, Madrid 1780. También citado por Vallet en “Cautelas de opción compensatoria”. *Loc. cit.*, p. 494.

¹¹⁰ “Cautelas de opción compensatoria...”. *Loc. cit.*, p. 495 y ss.

fructo para poder hacer la reducción. Por el contrario, el medio adoptado es mucho más sencillo, “*pues aleja las dificultades con que puede tropezarse para apreciar justamente las disposiciones objeto de este número*”.

Y añade el comentarista; “*Los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador: los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que son libres en ejecutar la disposición, si creen que no es inoficiosa y excesiva, o en emplazarla cediendo la parte disponible, si creen lo contrario*”. A continuación, ejemplifica según que la renta vitalicia se deje a una persona de edad avanzada y salud achacosa, supuesto en el que interesará a los herederos, o por contrario joven y robusta.

Pero lo que quisiera destacar es que ni el precepto ni su comentario mencionan específicamente al cónyuge viudo. En este punto, el Proyecto, al igual que luego el Código civil, equiparan, aparentemente, al viudo con un extraño, siguen la tónica que antes denunciaba en los autores de Derecho común.

Sin embargo, el artículo 653 del Proyecto, aunque pretende suprimir el usufructo universal, característicamente aragonés y navarro, concede al testador la posibilidad de favorecer al viudo con el usufructo de una parte de la legítima de los hijos, una cuarta si concurriera sólo con uno o una quinta de coincidir con dos o más.

Es muy clarificadora su justificación:

*“Parece por lo menos humano y equitativo dar a los esposos entre sí mayor facultad para demostrarse su cariño y solicitud; y el ejemplo dado en este punto por otros Códigos era más recomendable para nosotros que habemos suprimido el usufructo universal de los viudos en Aragón y Navarra; de este modo el buen esposo deberá a sus merecimientos y al amor del difunto lo que aun el malo debía en dichas provincias a la fría disposición de la ley”. Y concluye: “el viudo o viu-
da podrá percibir siempre más que un extraño, en usufructo, quedando hijos...”.*

En esta explicación, a diferencia de lo que ocurre con la opción en sede de reducción, sí aparece la contraposición entre el viudo y el extraño. Pareciera que estos dos artículos, 649 y 653, hubieran seguido un itinerario distinto, aunque en el Proyecto no tiene consecuencias apreciables, ya que el quinto de libre disposición, sumado a la parte de la legítima filial susceptible de usufructo vidual, en ninguno de los casos alcanza la mitad de la herencia.

Las proporciones varían, muy significativamente, en nuestro Código civil. Pero, en la actualidad el usufructo universal constituye una realidad indiscutible en los testamentos, aunque para ello hay que valerse de cláusulas de opción compensatoria, verdaderas cláusulas de estilo. El usufructo universal no cierra, sin embargo, no cierra el paso a una posible fiducia sucesoria con arreglo a la última versión del artículo 831 del Código civil, que de alguna manera reanuda el tracto sucesivo interrumpido con la antigua la cláusula “*domina et usufructuria*” de la que hemos tratado.

La recepción de la desdichada “*lex prohibemus*” supuso, como hemos anticipado, una escisión entre las facultades dominicales y las usufructuarias, tradicionalmente delegadas en el cónyuge viudo. Pero esto no implica su desaparición. Al lado del usufructo, e independientemente del mismo, aparece el poder testatorio, con la doble función, la de diferir la elección del sucesor y la de preservar, en el caso del cónyuge viudo, su posición, muy reforzada gracias a la potestad distributiva.

Ocurre a menudo en la historia, cuando parece que se cierra una puerta, se abre otra. El sentimiento cuando es razonable, al igual que el agua, siempre encuentra salida. El artículo 661 del Proyecto de García Goyena se apartó del poder testatorio regulado en las leyes 19 y 31 de Toro; pero, siguió otra vía en el 663 que llevaría al 831 del Código civil, dos veces reformado en una línea cada vez más próxima a fiducia regulada en el derecho foral, que debe tomarse en cuenta para su correcta interpretación.

García Goyena anotaría que:

“Las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en el caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio... Esta disposición era de suma importancia, atendida la legislación foral, por la que venía a ser casi nominal la legítima de los hijos”.

Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría.

El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos merece bien esta distinción.

Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismo felices resultados”.

Nos hemos de preguntar, igualmente, si el 831 en su actual versión modifica lo dispuesto en el artículo 670 del Código Civil¹¹¹.

Evidentemente, la delegación de la facultad de mejorar ha entrañado siempre una excepción a esta norma, ya que habilitaba la cónyuge para fijar la cuantía de la cuota a recibir por los hijos comunes.

Pero, aunque se ha interpretado siempre de esta manera, la pregunta que personalmente me hago es si cabe considerar al cónyuge como un extraño.

¹¹¹ “El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación ni en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento e herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Esta identificación entre el cónyuge y los demás extraños fue una consecuencia de la “*Lex prohibemus*” de Justiniano que prohibiría el usufructo universal a favor de la viuda. Los autores de Derecho común consideraron que en la jerarquía de afectos prevalecían los hijos sobre el otro padre; sin perjuicio de anteponer al cónyuge viudo respecto de otros herederos extraños, como sucedía con la “*consuetudo bulgari*”¹¹² que no era de aplicación en este caso.

La idea que subyace en el precepto es que el otro padre no es un extraño respecto de los hijos, sino en expresión que utiliza Garrido Palma, un “alter ego” del testador.

El artículo 831 está en íntima relación con las instituciones forales de naturaleza fiduciaria: el testamento por comisario, la fiducia, el heredero distribuidor o el Alkar poderoso. El cónyuge viudo o pareja con análoga relación de afectividad, en la nueva redacción del precepto, si está legitimada para ejecutar el encargo en su propio testamento, puede aplazar, hasta su fallecimiento, el pago de la legítima de los hijos comunes, así se desprende de la finalidad del precepto y de su misma literalidad, mal que le pese a la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 2019, justamente criticada por Juan Bolás, y que habrá de revisarse, creo yo, por el Alto Tribunal, a raíz de la reforma del artículo 808 del Código civil por la Ley 8/2021.

¹¹² La “consuetudo” fue introducida, como sabemos, por la curia de Bolonia, se aplicaría por toda Italia, y ha perdurado hasta tiempos recientes en Cataluña, donde actualmente se puede imponer por el causante, y consiste en considerar al viudo, en beneficio de los hijos, y, no obstante, su condición de usufructuario universal, como alimentista, con la consecuencia de incorporar al capital los frutos excedentes (no consumidos en alimentos).

El cambio de fisonomía normativa

Volvemos al curso de nuestra exposición histórica: el paso de la costumbre a la ley no es cosa mala. Presenta indudables ventajas e inevitablemente algunos peligros: el mayor de ellos separase del derecho vivido, pero también la pretensión de exhaustividad y la pulsión normativa o propensión a la pronta modificación.

En este sentido, es de aplaudir el buen criterio que refleja la Exposición de Motivos de la ley gallega:

“Estamos ante el derecho vivo de Galicia. Nacido en los campos gallegos, como emanación singular de un rico derecho agrario, desbordado hoy, incluso en la vida cotidiana de sus urbes”.

Y también la Exposición de Motivos de la Ley vasca:

“Y todo esto, siempre con la idea de mantener vivo y aprovechar el legado del Derecho tradicional y consuetudinario, pero con la vista puesta en el mundo de hoy y en un país como el vasco que tiene una gran actividad mercantil e industrial y no puede identificarse con la sociedad rural de hace unos siglos a la que formulación original de aquel derecho respondía”.

Como ocurre con otras peculiaridades del País Vasco, que mantienen como fondo esencial el Derecho castellano europeo, el texto debe ser interpretado junto al Código Civil español, pues no pretende agotar el contenido de las viejas instituciones civiles, que en buena parte se mantienen vivas en la forma en que las regula el Código civil., el cual tiene un carácter de derecho supletorio”.

La propensión a la modificación de las leyes no es cosa buena. Pero, ¿no es legislar también un pecado?, se preguntaba Jean Carbonnier para responder, finalmente, que la ley es un mal necesario.

Y no es, desde luego, inexacta, la observación de Lluís Figa, reflejada en el expresivo título de una conferencia suya, “*El Dret Civil català en perill*”¹¹³, dada el año 1991 en la Academia de Jurisprudencia de Cataluña, en la que se vale de Aristóteles para recordar que: “*si miramos las cosas, desde otro punto de vista, el tema requiere ser tratado con algo más de calma, ya que si la mejora obtenida con la modificación de la ley es pequeña, como no es buena cosa acostumar a la gente a cambiar de leyes, es claro que es mejor dejar sin corregir las equivocaciones de legislador...*”. Y lo mismo Ulpiano en D.1.4.2 “*al establecer cosas nuevas, debe ser evidente la utilidad de separarse de aquel derecho que por mucho tiempo ha parecido justo*”.

Advertía Figa, que alumbrar una ley nueva, no es solo destruir la antigua, sino también la jurisprudencia y doctrina que la complementa. La modificación de una ley antigua o la regulación de una situación nueva es perjudicial, salvo que la ley sea útil y absolutamente necesaria. Hoy, utilizando un símil que era de su gusto¹¹⁴, el legislador catalán, enfrascado en “*la construcción del nuevo sistema jurídico privado catalán*”¹¹⁵, ha decidido construir una catedral antes que un retablo, una opción más próxima al “*mos gallicus*, en torno a la conceptualización y sistematización lógica, alejada, de alguna manera, del tradicional, “*mos italicus*”, cultivado por los juristas catalanes y representado “*por el ansia de contacto cordial y humano*”: dos estilos distintos, que reproducen la oposición de Pascal entre el “*esprit geometrique*” y el “*esprit de finesse*”. Queda flotando en el aire aquella pregunta que el mismo se formulara en la Academia Matritense del Notariado hace casi cincuenta años: *¿es posible la catedral sin el retablo que le da sentido*”. El Derecho no debe olvidar la vida ni el sentimiento, perfecta-

¹¹³ Vid. “Miscelánea Lluís Figa i Faura. Barcelona, 2000, pp. 175 y ss.

¹¹⁴ “Mos italicus y los juristas catalanes” Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 22 de febrero de 1974, publicada en los Anales, t. XX; y en *op. cit.*, supra, pp. 111 y ss. esp. 132.

¹¹⁵ Exposición de Motivos de la Ley 5/2006, del libro V del Código Civil de Cataluña.

mente reflejado en nuestros documentos notariales como “els capitols” de la pubilla de Unarre. Y este es el verdadero peligro: perder el alma.

Y el alma es la libertad civil, suma de las libertades individuales y, consecuentemente igual al interés general, por encima de los intereses públicos, pues no son la misma cosa¹¹⁶.

Finalmente, pluralidad y la diversidad no es cosa mala. Nos permite aprender a los unos de los otros. En realidad, constituye una cantera llena de soluciones y fórmulas para el jurista práctico, especialmente para quienes somos notarios, en contacto con las personas y sus necesidades. La libertad civil, de acuerdo con Joaquín Costa, es, en el fondo, la mejor forma de unificación jurídica. Y lo es, porque permite hablar al ser humano y hablando se entiende la gente, sin olvidar el bello paso de Hermogeniano en el Digesto, de que “*Cum igitur hominum causa omne ius constituit sit*”.

¹¹⁶ Por ejemplo, en el artículo 33 de la Constitución tenemos tres intereses: el privado de los propietarios, el interés público, verbigracia el planeamiento, y el interés general, evitar la especulación, que se sigue a menudo de ese interés público que con los planes amuralla artificialmente las ciudades.

ESTUDIOS/
AZTERLANAK/
FIELD STUDIES

Consent in clickwrap agreements: Specifications, limitations and proposals concerning the electronic contracting system

EDUARDO CALDERÓN MARENCO
JAIME ELÍAS TORRES BUELVAS
TATIANA VANESSA GONZÁLEZ RIVERA
WILSON DANILO IBARRA ROSERO

FECHA DE RECEPCIÓN / SARREERA-DATA: 23/01/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 22/05/2023

Abstract: This study comprises a theoretical and jurisprudential analysis of civil law and common law on agreements known as clickwraps. Through this, the study determines the rules to be included in a consistent corpus standardising the general guidelines for contracting that must be complied within these types of legal transactions entered into electronically and in which acceptance as an element of consent is given through a ‘click’, thereby executing the relevant contract. The analysis presented is not limited to the American case law. Moreover, it cites some interpretations of European and Latin American courts to determine uniform rules that provide legal certainty, validity and protection to the contracting parties in this type of agreement. In addition, it identifies limitations provided for by international regulations in force in the e-commerce domain. These limitations are to be included in a separate harmonised instrument specifically designed for electronic contracts.

Keywords: electronic contracting system, clickwrap agreements, consent, model law.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
DL./L.G.: BI-1677-03

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVIII. Nº 31. Enero-Diciembre, 2023, pp. 79-119
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVIII. urtea. 31 zk. 2023, Urtarrila-Abendua, 79-119 or.

El perfeccionamiento del consentimiento en los contratos *Click Wraps*: Precisiones, límites y propuestas al sistema de contratación jurídica electrónica

Resumen: El presente trabajo consiste en un estudio teórico y jurisprudencial —con referencia tanto al civil como al *common law*— de los contratos conocidos como *click wraps*, con el objetivo de determinar las reglas a integrarse en un corpus uniforme que homologue las pautas generales de contratación que deben cumplirse en este tipo de actos jurídicos celebrados a través de los medios electrónicos y en los cuales la aceptación como elemento del consentimiento se da a través de un “clic”, admitiéndose la perfección del contrato respectivo. El análisis presentado no se limita solo a los precedentes estadounidenses sino que procura invocar algunas interpretaciones de tribunales europeos y latinoamericanos con el propósito de determinar reglas uniformes que brinden seguridad jurídica, validez y protección a los sujetos contratantes en este tipo de modalidad; identificando de previo las limitaciones de la regulación internacional vigente en materia de comercio electrónico y que deben ser superadas en otro instrumento armonizado estrictamente diseñado para los contratos electrónicos.

Palabras clave: sistema de contratación electrónica, contratos *Clickwraps*, consentimiento, ley modelo.

Adostasuna burutzea Click Wraps kontratuetan: kontratazio juridiko elektronikokoaren sistemaren zehaztapenak, mugak eta proposamenak

Laburpena: Lan hau azterketa teoriko eta jurisprudenzial bat da click wraps gisa ezagutzen diren kontratuei dagokienez —zuzenbide zibilari zein common law delakoari begira—. Bitarteko elektronikoen bidez egindako egintza juridikoetan bete beharreko arauak zehazteko helburuarekin, corpus bateratu batean integratu beharreko kontratazio-jarraibide orokorrak homologatuko ditu. Halakoetan, onarpena, adostasunaren elementu gisa, klik batekin ematen da, hortik aurrera kontratua burutu dela onartuz. Aurkeztutako azterketa ez da AEBetako aurrekarietara bakarrik mugatzen; aitzitik, Europako eta Latinoamerikako auzitegi batzuen interpretazioak ere aipatzen dira, segurtasun juridikoa, baliozkotasuna eta babesa ematen dituzten arau uniformeak ezartzeko, mota honetako kontratuen subjektu kontratatzaileentzat. Horretarako, merkataritza elektronikoen arloan indarrean dagoen nazioarteko arauketak dituen mugak aldeztetik identifikatuko dira, eta kontratu elektronikotarako berariaz diseinatutako beste instrumentu harmonizatu bat eman behar da, muga horiek gaindituz.

Gako-hitzak: kontratazio elektronikoko sistema, *Clickwraps* kontratuak, adostasuna, eredu zko legea.

SUMMARY: Introduction. I. FROM TRADITIONAL TO ELECTRONIC CONTRACTING. II. CLICKWRAP AGREEMENTS. III. CLICKWRAP AGREEMENTS. (3.1.) Clickwrap agreements in the Latin American context. (3.2.) Clickwrap agreements in the U.S context. (3.3.) Clickwrap agreements in European context. (3.4.) Problems deriving from clickwrap agreements. IV. FINAL REMARKS.

INTRODUCTION

This study entails more than just a theoretical and case law controversy regarding the validity of clickwrap agreements and the perfecting of consent through a ‘click’ resulting in the acceptance of an offer by the consumer, thereby leading to rights and obligations to both parties because a contract has been executed. We support the theory that the main obstacle to clickwrap agreements is regulatory in nature; a theoretical and case law study of the main legal systems (civil law and common law) may lead to legal clarifications that must be contemplated in consistent regulations (Model Law), harmonising the rules for executing this type of electronic contract.

This study is theoretical and is based on the documentary research method. The method involves a review of the conceptualisations, theories, critical reviews and comparative studies from national and international literature as well as American, Latin American and European case law. The review is coupled with the application of the exegetical method that helps analyze important national and international legal provisions regulating the scope of contract law and the legislative stance pertaining to electronic contracting with respect to clickwrap agreements.

The new space–time structure brought on by globalisation, which peaked with information and communication technologies, has genetically altered the law. This structure has imposed cybernetic processes and has changed the traditional conjecture of theories, principles, modalities, legal phenomena, the way some understand contracts, and legal transactions resulting from the exempting or supplementary will of the parties (autonomy of will).

This study examines the details of clickwrap agreements (adhesion contracts binding a contracting party with the simple act of a user pressing

an acceptance button). This seems to oppose the traditional position that consent is based on the autonomy of will; thus, there must be an intended understanding between the parties, who are free to create rights and responsibilities, limited only by the principles of possibility and legality. We conclude with final reflections that accept the validity of this type of contract but result in specific proposals on the current electronic contracting system, through a Model Law, considering the territoriality of the Internet phenomenon and based on the specific dynamics of clickwrap agreements.

I. FROM TRADITIONAL TO ELECTRONIC CONTRACTING

Undoubtedly, the complex economic context is a fertile ground for countless legal businesses; the exchange of goods and services is perfected through contracting. In addition to being a legal transaction and a legal regulation individualised according to the Kelsenian¹ contribution, a contract is certainly a means to circulate wealth, the essence of business activity. At the same time, the contract is an important source of obligations. Kant² stated that contracts do not belong to the actual world; they cannot be appreciated with the senses as an experimental notion. Rather, contracts are a legal phenomenon in the same sense as marriage can be said to be one: a legal status attributed to a certain state of affairs by virtue of certain rules. The contract is thus a noumenic fact incapable of being understood by experience.

Contracts are agreements between people on a common declaration of will aimed at governing their legal relations. It is a particular applica-

¹ KELSEN, Hans. *Contracts and Treaties, analysed from the point of view of pure Law theory*, 5th ed., National, 1974.

² KANT, Emmanuel. *Metaphysical principles of the doctrine of law*, 2th ed., México, UNAM, 1978, p. 51.

tion of the general idea of declarations of will. Contracts are differentiated as the species of the genus, requiring the gathering of many wills into one, while the manifestation may emanate from a single person³.

In the U.S., under the Anglo-Saxon legal tradition, contracts have been defined as a promise or set of promises for whose fulfilment the law provides a remedy or whose fulfilment the law recognizes as a duty.⁴ In the civil law system, contracts are a source of obligations that create a legal relationship between the subjects or contracting parties and involve giving, doing or refraining from doing something. As a legal transaction, a contract requires a series of elements to be brought into legal life and, if applicable, to be valid. This study specifies the theoretical scope of such elements, the essential ones and the ones regarding validity, as our subsequent reflections focus on perfecting consent in wrap agreements.

The following essential elements are recognised by legal scholars:

1. Consent

Luis Muñoz⁵ asserted that consent essentially implies bilateralism or plurilateralism *in iderrit placitum consensus*, a declaration of will that entails two different statements by each of the parties that, if consistent, give rise to consent.

Rojina Villegas⁶ defined consent as an agreement or consensus of wills for creating or conveying rights and responsibilities. He added that in a broad sense, the agreement of wills creates, conveys, modifies or removes

³ SAVIGNY, Friedrich K. *Current Roman Legal System*, 2th ed., National Supreme Court of Justice, 2004, p. 354.

⁴ GARCÍA, Tonatiuh. "Reflections on the general theory of the contract", *Journal of Private Law*, 2008, num. 21-22, pp.41-67.

⁵ MUÑOZ, Luis. *General Contract Theory*, Cardenas and Distributor, 1973, p. 170.

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Mexican Civil Law*, 4th ed., México, Porrúa S.A, 1960, p. 41.

rights and responsibilities because consent implies the declaration of two or more wills and their agreement on a point of legal interest.

This implies that consent is formed by two or more declarations of will reflected in two key moments: first, a promise or offer is made (a party proposes something to the other party regarding a matter of interest), and second, the other contracting party expresses their will by accepting the proposal made, which must be in accordance with the offer.

An offer or promise is a draft contract presented by one of the parties that requires the acceptance of the other party to become a contract. Acceptance is the declaration of will that agrees with all essential or non-essential points of the offer. Thus, according to the theory of manifestation, the contract is formed from the moment acceptance occurs. In this, three possible systems are recognised⁷:

- a) The system of knowledge or information⁸ requires the contract to be formed, that the proposer has knowledge of the acceptance. The proposer is then informed of the affirmative content of the answer.
- b) The system of issuing or sending understands that the contract is formed when acceptance is not only expressed but also directed to the proposer, that is, the recipient of the promise issues a response through specific means.

⁷ *Ibidem*, p. 280 to 282.

⁸ This theory has mitigated the negative effects of the so-called theory of issuance; according to which, a contract is perfected from the moment the acceptor issues a declaration of willingness to accept. This theory is criticised because, first, it ignores the receptive nature of contractual declarations; as a consequence, acceptance must be addressed to the proposer, and second, its mere issuance is not sufficient. It is not considered fair that a contracting party — the proposer — be bound by a declaration that they completely ignore. See: Ruperto Pinochet, *La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información, Part III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico* (Consent Formation through New Information Technologies), *Ius et Praxis*, 2005, vol. 11, num. 2, pp. 273-302.

- c) The system of receipt considers the contract to be formed from the moment it reaches the proposer.

These theories come into play when it is a matter of ‘consent deriving from a contract entered into remotely’, which has traditionally been referred to in the doctrine as contracts between present and absent parties (remote contracts). In the latter case, the parties do not meet in person when consent is given.

Consent may be express or implied. The civil codes of the Romano-Germanic systems agree that consent is express when manifested through unequivocal signs by means commonly used for contracting: verbally or in writing between the parties present, by electronic means or by any other technology. Consent is implied when it results from facts or acts that cause it to be assumed or allow it to be assumed, provided that the law of each country does not require an express declaration of will. The U.S. law recognizes implied consent in commercial contracts. Article 2-204, paragraph 1 of the Uniform Commercial Code provides that ‘a contract for the sale of goods may be entered into in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract’.

2. Purpose

This refers to the consideration undertaken by the parties. It may comprise something that the liable party must give, do or refrain from doing. When the parties perform their obligations, the economic-social purpose of the contract is fulfilled.

The direct objective of the contract is the creation, conveyance, modification or termination of obligations. In other words, it refers to the debtor’s conduct. The indirect objective, however, is the thing to be given

or the action to be carried out or not⁹. The objective must exist in nature, be determined or determinable as to the type and must be in commerce. In relation to the obligation, the objective must be possible, that is to say, existing in nature and compatible with the law. There may be no obstacles to performing it, and it must be lawful. This implies that the objective should not be contrary to the laws of public order or good practice¹⁰.

3. Formality

Formality is understood as something that must cover the legal transaction in order for it to come into existence and for it to be in accordance with the law.

Planiol and Ripert¹¹ affirmed that a contract's formality is in place when the intent of the parties expressed without any established external formal requirements is not sufficient to enter into the contract because the law sets forth specific formal requirements in the absence of which consent has no legal effect.

4. Cause

This is another element disputed by the so-called causality theory, an inheritance of French law, and which is not necessarily recognised in all legislations¹².

⁹ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor. *Civil Contracts*, 6th ed., Porrúa, 2014, p. 26.

¹⁰ CARRASCO, Ángel, ENCARNA, PERERA, LOBATO, CORDERO and MARÍN LÓPEZ, Manuel de Jesús. *Civil Law Lessons. Law of obligations and contracts in general*, 4th ed., Madrid, Tecnos, 2019, p 50.

¹¹ PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. *Civil Law*, 4th ed., Uruguay, Harta, 1996, p. 826.

¹² Mexican legislation, for example, has adopted an anti-causalist position, both in the 19th century Codes and in the current one, for the simple reason that it does not recognize it, neither as an essential element nor as an element necessary for validity, unlike French, Italian and Spanish legislation.

Sánchez Medal¹³ distinguished between cause and motive: ‘the cause is the immediate and direct, legal and abstract goal pursued by the proposer, while the motive is the remote and indirect, economic and concrete goal’. Luis Muñoz¹⁴ distinguished between the cause of the obligation and the cause of the contract. Furthermore, Luis Muñoz indicated that the former is not the economic and social purpose but the legal basis of the duty to perform. The *resulting cause*, the cause of the obligation, for the creditor, is the title on which the right to performance is based and justified, and for the debtor, is the reason for the obligation undertaken.

We also find the requirements for the contract to be valid. Unlike essential elements, its absence carries absolute nullification and no legal consequences as no legal effects are produced. Legislation recognizes the following elements for validity:

1. *Legal Capacity*

Acosta Romero and Martínez Arrollo¹⁵ distinguished legal capacity, which they believed is the suitability to hold rights and obligations, from factual capacity, which is the ability to act and carry out legal transactions.

The nullification originated by the incapacity to exercise is relative because it recognizes the verification of the transactions carried out directly by a person without capacity who then overcomes such condition or by the intervention of a legal representative legally authorised to carry out the legal transaction.

¹³ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Of the Civil Contracts*, 21th ed., México, Porrúa, 2005, p. 71.

¹⁴ MUÑOZ, *Cit. Work*, p. 191.

¹⁵ ROMERO, Miguel Acosta & Arroyo, Laura MARTÍNEZ, *General Theory of the Legal Act and Obligations*, México, Porrúa, 2001, p. 21.

2. *Absence of Defects in Consent*

Defects refer to situations that cause intent to be structured in a defective manner, leading to legal inefficacy; that is, the legal transaction does not generate its effects, and its correct operation is prevented.

Galindo Garfias¹⁶ stated that defects in intent are any elements disrupting its formation, which may deprive the subject of knowledge of the reality. There is a false appreciation of that reality affecting the intelligence (error, fraud), a defect in the freedom to decide (violence) or a defect causing a clear disproportion between the considerations undertaken by the parties (harm). He added that the defect affects internal intent, deviating the subject's direction. If the defect had not existed, the subject would have substantiated his or her own intent, and therefore, it would have been externalised. Thus, the business carried out originated in a defective way, and the law makes the instrument available to the parties.

International regulations, such as the 2016 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, outline that a contract is invalidated by error, threat, fraud or excessive disproportion (Article 3.1.4). The error comprises a wrongful interpretation of the facts or of the law existing at the time the contract is executed (Art. 3.2.1). Similarly, a party may void a contract if they were induced to enter into it by the other party's fraudulent acts, including words or practices, or where the other party fraudulently failed to disclose circumstances that should have been disclosed under reasonable commercial standards of fair dealings, which is considered to be fraudulent (Art. 3.2.5).

Threats or intimidation occur when there is an unjustified, imminent and serious threat by one party leaving no reasonable alternative to the other contracting party but to enter into the agreement (Art. 3.2.6).

¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Civil Law, First Course*, 11th ed., México, Porrúa, 1991, p. 228.

*Consent in clickwrap agreements: Specifications, limitations
and proposals concerning the electronic contracting system*

Interestingly, excessive disproportion (Art. 3.2.7) regulated by the UNIDROIT Principles is consistent with the so-called harm in domestic civil systems. This defect can occur during contract execution when one of the clauses gives an excessive advantage to one of the parties. This implies that one of the parties has taken unjustified advantage of the dependence, economic distress or pressing needs of the other party or of the party's lack of foresight, ignorance, inexperience or lack of negotiating skills. In the U.S. system, this is known as 'unconscionability', which is mainly identified in adhesion contracts, in which there is a certain inequality between the parties based on each of their bargaining power. One of the parties has minimal options to negotiate the content of the clauses as they are imposed (see Article 2-302 of the Uniform Commercial Code).

3. Licit Purpose, Reason or Aim of the Contract

Illegality involves a violation of mandatory regulations (which cannot be voidable by the autonomy of the parties' will) related to public order and good practice. Until now, neither legal theory nor national legislation have precisely indicated a formal declaration included in the law with respect to public order; such a possibility is rejected because it is interpreted as an indefinite legal concept that evolves to match reality in accordance with the rules of social coexistence.

Martínez Alfaro¹⁷ stated that public order laws are those whose compliance is imposed even against the will of individuals as opposed to supplementary laws related to will, which may be disregarded. Good practices refer to the average morality of a place and an era, considering that morals vary in time and space.

Similar to the notion of public order, the idea of good morals is not defined by the law; everything indicates that they are based on rules infe-

¹⁷ MARTÍNEZ, Joaquín. *Theory of Obligations*, 41th ed., México, Porrúa, 1997, p. 123.

rred just from observing social facts. Therefore, as the notion is linked to the idea of morals, it varies according to time and place.

For Muñoz¹⁸, the notion of good morals derives from ethics or morals and not from the equitable use of the relationship life; thus, the concept of good morals and of social morality is relative as human behavior and conduct will not be contrary to good morals to the extent that they can be observed at a given time and place without the disapproval of social morals (social norms).

4. Formal Requirements

The law outlines certain formal requirements for the parties to express their consent. The written form (formal contract) and the oral form (consensual contract) are the generally recognised ways to express consent. Contracts must comply with the form provided by law, if any, to be valid. Otherwise, the contract will be affected by relative nullification (although at first it presents a cause for invalidation, it can be validated when the form required by law is complied with).

Formal requirements constitute a specific and determined way of demonstrating consent that carries an intention of legal certainty as it gives precision to the obligations arising from these transactions that support economic and financial operations. Fernández del Castillo¹⁹ affirmed that formal requirements are the sign or set of signs through which the will of the parties toward a legal transaction is stated or demonstrated. Formal requirements are distinguished from formalities that are the set of rules established by the legal system or by the parties that indicate how intent must be demonstrated for the legal transaction to be valid.

¹⁸ MUÑOZ. Cit. Work, p. 317.

¹⁹ PÉREZ, Bernardo. *Civil Contracts*, 10th ed., México, Porrúa, 2004, p. 35.

What happens when the contracting procedure is carried out electronically? Are we dealing with a formal or consensual contract? The principles, recognised as axiological entities directing legal action, functional equivalence and technological neutrality solve the problem posed by the previous questions as follows: if will is expressed electronically or by any current or future technology, it is equivalent to an express way of demonstrating will, which legally binds the parties. If the rule requires a written form, such requirement will be satisfied with a data message available for review at any time.

We now analyse electronic contracting. To do so, it is essential to clarify that when we discuss contracts entered into by electronic means, we are not recognising a new type of contract. It is not a new substantive model of named or unnamed contracts. The ruling transaction entered into through electronic means requires the same essential elements and validity elements outlined for traditional contracts, without which electronic ones could not exist and, therefore, would not be capable of producing legal effects; in that case, it would cause the loss of legal effectiveness without generating the non-existence of the transaction itself.

An electronic contract, considered to be a transaction constituted by the agreement of two or more people's will regarding a legal purpose of common interest, entered into remotely, in real time or through successive transactions and by electronic means with the aim of creating, modifying or terminating a legal situation²⁰ presents only certain special characteristics. Where appropriate, comprehensive theoretical and case law debates regarding some essential elements and validity will be analysed in light of a specific type of contract, namely wrap agreements.

²⁰ Concept proposed by Davara Rodríguez, cited by María Rincón. See María I. Rincón, *La formación y perfección del contrato por internet* (The formation and perfection of the contract by internet), *Revista Ch. de D.*, 2002, p. 111.

This is also confirmed by Davidson²¹ in the case of Anglo-Saxon systems: ‘contract formality is not altered merely because an electronic medium was used. Simple contracts requiring no formalities are entered into daily. A contract that can be entered into orally can of course be entered into by the use of email and other forms of electronic communication’.

These electronic contracts on the Internet can be carried out by exchanging emails, through websites or by taking actions. For instance, when a software provider offers products through a website and a user downloads a computer program to their information system (known as shrink wraps), a contract is constituted through the acceptance in downloading the program from the website to the user’s information system²².

The Internet, an open and non-proprietary network, has replaced electronic data interchange (EDI), a closed and proprietary network. EDI entails replacing the physical support (paper) of the most used commercial documents that companies exchange through electronic transactions between their respective computers²³. The advantage of using EDI is that the parties know each other beforehand; the message is safer because the language is encrypted so that unauthorised parties cannot access it, which makes contracting through EDI secure.

Certainly, the cornerstone of regulating e-commerce includes the principles of ‘functional equivalence’ and ‘technological neutrality’ included in the instruments sponsored by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): Model Law on Electronic

²¹ DAVIDSON, Alan. *The Law of Electronic*, 2th ed., Cambridge University Press, 2015, p. 155.

²² *Ibidem*, p. 112.

²³ ROCA, José. *Arbitration in international contracting*, Madrid, ESIC Editorial, 1994, p. 30.

Commerce of 1996²⁴, Model Law on Electronic Signatures of 2001²⁵, Model Law on Electronic Transmissible Documents of 2017, Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts of 2005, but which entered into force in 2013 with 13 States as parties to date²⁶, as well as the document entitled ‘Promoting Confidence in Electronic Commerce – Legal Issues on International Use of Electronic Authentication and Signature Methods’ of 2007.

Data messages, comprising the information generated, sent, received, filed or communicated by electronic²⁷, optical or similar means, such as, among others, EDI, email, telegram, telex or telefax²⁸ are the engine of the development of the use of technologies. The information contained in them is what allows e-commerce.

²⁴ Legislation based on or inspired by the Model Law has been enacted in 74 States in a total of 153 jurisdictions, including the United States, which inspired the Uniform Electronic

Transactions Act (UETA) of 1999. See: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status, United Nations Commission On International Trade Law, May 1, 2020.

²⁵ It has influenced the regulations of 33 States. See: https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures/status, United Nations Commission On International Trade Law, May 1, 2020.

²⁶ Information available at: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status, consulted on April 25, 2020.

²⁷ An electronic means is any mechanism, facility, equipment or system that allows the production, storage or transmission of documents, data and information, including any open or restricted communication network such as the Internet, fixed and mobile telephony or others. This concept was taken from Law 18/2011 of July 5, regulating the use of information and communication technologies in the Administration of Justice.

²⁸ Article 2 of both the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures and the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; Article 4, paragraph c, of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts of the same international organization.

Based on a review of international legislation²⁹ regarding the use and validity of data messages, the following rules are concluded:

- a) They must be attributable to the person who created them;
- b) They must be available for subsequent consultation;
- c) The method that generated them must be trustworthy; and
- d) They must be kept whole and unaltered from the moment they were generated for the first time in the final version.

Flores Doña³⁰ mentioned that closed and open contracting should be distinguished because electronic contracting is conducted through a communication network with free or restricted access. Open electronic contracting is conducted through a public communication network or a freely accessible one such as the Internet, where functions are performed through websites. This type of contracting, directly between the contracting parties, is conducted through a computer or electronic device, equipped with a modem and with an Internet access contract. In contrast, closed electronic contracting occurs on private networks, whose access is restricted by private keys (as is the case of EDI).

Thus, the contractual pre-negotiation stage and above all, the execution, of these legal transactions entered into electronically on open networks (the Internet) requires a specific analysis based on the type of contract in question.

²⁹ Model Law on Electronic Commerce of the UNCITRAL of 1996, Uniform rules of conduct for interchange of trade data by teletransmission of the International Chamber of Commerce (ICC) from 1988.

³⁰ FLORES, María. *Impact of Electronic Commerce on Contract Law*, Madrid, Edersa, 2002, p. 19.

II. CLICKWRAP AGREEMENTS

Using the Internet to obtain a good or service and encountering a long text of terms and conditions which, in principle, we must accept by ‘clicking’ on any link or box if we wish to acquire the good or service has become a common and widely known manner to execute contracts online.

The mass contracting that characterises the modern economy is an inherent characteristic of current contracting through electronic means as it would be unthinkable to negotiate and prepare a private contract with each subject with whom Business to Consumer B2C class exchanges take place. According to the theories of the ‘Economic Analysis of Law (EDA)’, adhesion contracts, whose formula is used for this type of task, allow for savings in transaction costs: ‘they are the costs derived from the ex-ante subscription to a contract and the ex-post control and compliance’³¹. Adhesion contracts are those entered into according to a model or format proposed by one of the parties (proposing party), generally the company or businessperson, while the other party (adhering party), the client or consumer, cannot actually modify the clauses previously designed by the other contracting party.

Spanish Law 7/1998 on the General Conditions of Contracts defines pre-determined clauses as those whose incorporation into the contract is imposed by one of the parties, regardless of material authorship, of their external appearance, of their extension and of any other circumstances. They are general conditions of the contract written for being included in various contracts (Art. 1.1. of the aforementioned law).

³¹ LORENZETTI, Ricardo L. “Economic analysis of law: critical evaluation. Towards a theory of individual and collective action in an institutional context”, *Agora Law Review*, 2002, years III-IV, num. 3 y 4, pp. 157-177.

These online agreements have the two characteristics indicated in the previous paragraphs: adhesion contracts in which clients bind themselves through a click, find their legal precedent in the so-called ‘shrink wrap’ agreements, well-known today as ‘clickwrap’ agreements thanks to American case law. As stated by Gatt³², shrink-wrap agreements were specifically introduced for the mass-market sale of packaged software.

‘A shrinkwrap agreement is an agreement whose terms are expressed inside a box in which the goods are packaged; the term refers to the plastic that covers the box; usually the party who opens the box is told that she or he agrees to the terms by keeping whatever is in the box; similarly, when the purchaser opens a software package, he or she agrees to abide by the terms of the limited license agreement’³³.

In modern e-commerce, this type of license agreement for software packages that were called shrinkwrap agreements have resulted in clickwrap agreements, also called clickthrough agreements or point-and-click agreements.

‘The term “clickwrap” is derived from the fact that in the online context, acceptance occurs when the consumer assents to the terms and conditions by typing “I Agree” or, much more commonly, simply mouse-clicking an “I Accept” or similar button or icon (“the Accept icon”)³⁴. According to the scope of the previous definition, we can determine that there are usually two types of clickwrap agreements, Many prefer to call

³² MILLER, Roger & JENTS, Gaylord. *Business Law Today: the essentials*, 8th ed., Thomson, 2008, p. 309.

³³ GATT, Adam. “Electronic commerce- click-wrap agreements. The Enforceability of click-wrap agreements», *Computer Law & Security Report*, 2002, 18, 6, pp. 404, 405. Available: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364902011056>, consulted on April 25, 2020.

³⁴ *Ibidem*, p. 405.

them wrap contracts, a more generic term given to the previously mentioned classification that includes type and click as well as icon clicking.

In type and click agreements, the user must type ‘accept’ or similar words in a box that appears on the screen and click on the ‘send’ button to express consent. Without doing so, it will not be possible to access the site, transfer the software or purchase the product or service in question. These contracts provide greater protection to the parties because they require the express consent of the user to be bound although the user may make a mistake when typing the requested words. In the second type of contract, the user must click on an icon with text such as *OK, I agree, I accept, I agree* or similar words to express consent. If the user does not click, access will be denied as it is understood that consent has not been given³⁵.

These contracts are directly linked to the Internet and are therefore entered into through webpages or websites. Thus, they do not use electronic signatures, which comprise *electronic data contained in a data message, or logically associated with it, which can be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory’s approval of the information contained in the data message* (Art. 2 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures). The World Wide Web (WWW) constitutes web servers distributed on the Internet that enable access to information and services, which can be managed through search engines such as Google, Yahoo, Bing, etc., by keywords or by subject. Web documents can be multimedia, multi-resource, hypertext, multi-programming and multi-application. Web documents are accessed through the WWW by indicating in the browser (as client) the corresponding uniform resource locator (URL) files, information, resources and services of the network³⁶.

³⁵ PACINI, Carl, Andrews, Christine & Hillison, William. «Contracting in cyberspace», 2002, CPA Journal, vol. 72, num. 3, pp. 65-67.

³⁶ BARRIUSO, Carlos. *Data transmission and communication networks in electronic contracting*, 3th ed., Dykinson, 2006, pp. 83-84.

These contracts are carried out through automated data or information systems that are computer terminals or electronic agents programmed to automatically operate without direct human intervention. Thus, this type of system can create and send a message whose content is an offer or an acceptance of the same. This type of contract uses a method that has a human actor on one or both sides of the transaction.

The use of automated data systems is admitted by the Uniform Electronic Transactions Act (UETA) of the U.S., which, in this respect, exceeds the content of the UNCITRAL Model Laws. In section 2 ('definitions'), the said law provides that 'An automated transaction' means a transaction conducted or performed, in whole or in part, by electronic means or electronic records, in which the acts or records of one or both parties are not reviewed by an individual in the ordinary course in forming a contract, performing under an existing contract or fulfilling an obligation required by the transaction.

Moreover, Section 14 of this law provides that

'A contract may be formed by the interaction of an electronic agent and an individual, acting on the individual's own behalf or for another person, including by an interaction in which the individual performs actions that the individual is free to refuse to perform and which the individual knows or has reason to know intent cause the electronic agent to complete the transaction or performance'.

We find that the Anglo-Saxon system of the American Law validates contracts where the declaration of will is expressed by clicking on the mouse of the computer. Nevertheless, the complexity is not in unravelling the clear existence and constant use of this type of contract with regard to e-commerce. Instead, the legal issue becomes complex when it comes to determining whether a message created, processed and sent by

an automated data system is sufficient to express the will of the parties to force them to comply with the agreement, especially when it is a matter of clicking a mouse, screen or on a computer.

III. DECLARATION OF WILL IN CLICKWRAP AGREEMENTS

Finalising consent as an essential element in clickwrap agreements is an issue that is always present in heated legal theory and case law debates on electronic contracting. The risk of making mistakes may be greater in the electronic context as people are more likely to inadvertently press the wrong key than to sign a document by mistake. In this type of contract, there is no option to use an electronic signature that can provide the necessary legal security.

If we state that the agreement is formed when consent is finalised, determining the effectiveness of the declaration of will is essential. In the case of clickwrap agreements, the promise or offer is placed in open electronic spaces and acceptance occurs when the client or consumer clicks on the relevant icon, assuming that the person has read the relevant terms and conditions established by the business in an adhesion contract enabled on a certain webpage. The business includes all the clauses it considers appropriate, including those referring to applicable law and jurisdiction. In this particular way of expressing will, a declaration through an electronic signature in the message is not necessary because as Buono and Friedman³⁷ stated ‘express acceptance is enough, through material behaviour, for the relationship to be validly established’.

³⁷ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws With Prefatory Note And Comments, Annual Conference Meeting In Its One-Hundred-And-Eighth Year In Denver, Colorado July 23 – 30, 1999, available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>, consulted on 25 May, 2020.

The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts outlines in Article 8 that a communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication. As Estrella Faria³⁸ stated, ‘The Convention does not venture into determining when offers and acceptances of offers become effective for purposes of contract formation’. Moreover, citing the scope of Article 11³⁹ of the same international instrument, the author asserted that ‘the Convention recognises that contracts may be formed as a result of actions by automated message systems (electronic agents), even if no natural person reviews each of the individual actions carried out by the systems or the resulting contract. However, the mere fact that a party offers interactive applications for the placement of orders, whether or not its system is fully automated, does not create a presumption that the party intended to be bound by the orders placed through the system’.

As discussed, the validity of the declaration of will in the context of clickwrap agreements operating under the described dynamics is unified by regulation as electronic contracting, not the international instruments that constitute the cornerstone of the regulation of electronic commerce (both hard and soft law), includes clear provisions in this respect. Furthermore, this type of contract has been mostly analysed in the U.S. case

³⁸ ESTRELLA FARIA, José Angelo. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts—An Introductory Note, *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 689–694.

³⁹ Article 11. ‘A proposal to enter into a contract made by means of one or more electronic communications which is not addressed to one or more specific parties, but is generally accessible to parties making use of information systems, as well as a proposal making use of interactive applications for placing orders through such systems, shall be deemed to be an invitation to sell, unless it clearly indicates the intention of the party making the proposal to be bound by its offer if accepted.’

law; the regulatory and precedential treatment in European and Latin American systems is limited.

3.1. Clickwrap agreements in the Latin American context

As mentioned above, there is little legal precedent in Latin America in this regard. The legal scholars of the region have analysed the U.S. case law. We infer that this is because the legal provisions that were incorporated into the internal systems of Latin countries are inspired by the model laws of the UNCITRAL in the same sense as most of the configuration of the UETA in the U.S.

Although contracting through automatic devices is part of the daily practice of web transactions carried out by users in Latin American countries, we do not find specific legal provisions clearly determining the time to form contracts entered into through such mechanisms, where one (mechanism) acts as the proposer and another as the acceptor and these mechanisms generate the respective declarations of will.

According to Arias de Rincón⁴⁰, when a person is interested in a public offer presented on a website and decides to accept it, they can demonstrate will by clicking on the acceptance icon. In this case, demonstrating the declaration of will and the transmission of the acceptance to the recipient occur at the same time. Proof of this is the fact that when the acceptance button is clicked (externalisation), acceptance immediately leaves the user's computer; it is impossible for the acceptor to exercise any type of control over it (modifying it or interrupting transmission), thereby executing the contract under the assumption of sending theory.

⁴⁰ ARIAS RINCÓN, María. "Moment of finalising contracts entered into between entrepreneurs on websites", *Journal of the Institute of Legal Sciences of Puebla*, vol. VII, num. 31, jan-jun. 2013, pp. 86-113.

In the Latin American context, the validity of contracts concluded by electronic means is not under discussion either insofar as there is general acceptance of the principle of 'functional equivalence'. However, the need for general terms and conditions to be clearly derived from and fully indicated in the content of the respective website is stressed. For instance, in the case of 'Despegar.com.ar S.A. S/infracción of Law 18.829'⁴¹, Argentine authorities determined that it is appropriate to confirm the fine imposed on a company selling and booking tourist services through the Internet as current regulations (Art. 5 of Resolution Number 256/2000) require cases of exclusive sale by electronic means, with the knowledge of and reliable acceptance by passengers of the general contracting conditions. Therefore, the information provided by the defendant company regarding the existence of a link on its webpage referring to these conditions 'does not satisfy this requirement insofar as it does not guarantee irrefutably that the client knew and effectively accepted them prior to booking the service offered'.

Mexican Circuit Courts have reached similar decisions in Thesis: I.9o.C.37 C (10a.)⁴², determining both in contracts for passenger air transportation and in contracts for travel brokerage. It is the obligation of service providers to expressly provide adequate and sufficient information, guidance and advice to the tourist or traveller on all the commitments and benefits that may result from the acceptance of the conditions, with the organisers or wholesale operators usually present in adhesion contracts, by means of accessible and timely explanations, as well as on the times, quality, quantity, modalities and requirements to avoid any in-

⁴¹ *Case File No. 58.438 despegar.com.ar S.A., s/ infracción ley 18.829*, National Supreme Court of Justice of Argentina, Judges Hendler, Repetto and Bonzón, October 22nd, 2008, p. 1-3.

⁴² *Thesis: I.9o.C.37 C (10a) Passenger air transportation and travel agency contracts Collegiate Circuit Courts*, Judicial Weekly of the Federation and its Gazette México, Judge, July 2016, 2130.

conveniences to the traveller and to provide them with peace of mind. Therefore, it is not enough for the client or user to express agreement to the conditions of the air transport or travel agency contracts via the Internet when purchasing the ticket or travel agent's ticket. This is because it is up to the service providers to prove that they made the user aware of those conditions and explained their consequences, which is not fulfilled by merely showing the respective contract.

3.2. Clickwrap agreements in the U.S. context

In Section 2, 'Definitions', of the U.S. UETA, when referring to the concept of 'electronic signature', the validity of 'that click' is recognised and is considered equal to an electronic signature. In addition, Section 9 'Attribution and effect of electronic record and electronic signature' is also identifiable as a legal provision validating consent expressed through a click:

'This section (section 9) does apply in determining the effect of a "clickthrough" transaction. A "clickthrough" transaction involves a process which if executed with an intent to "sign", intent becomes an electronic signature'⁴³.

The above legal provision resonated in the decisions of U.S. courts as they determined that clicking on the 'Accept' icon is equivalent to signing a contract and that the consumer is bound by the terms and conditions of that agreement:

a) In the widely known case *Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc*⁴⁴ in 1998, the court found that the clickwrap agreement

⁴³ Cited by MORENO, Javier A. "The manifestation of will and its effectiveness in e-commerce", *Journal e- Mercatoria*, 2013, 12, 2, p. 21.

⁴⁴ *Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc.*, et. Al., No. C-98 JW PVT ENE, C 98-20064 JW. United States District Court, N.D. California. April 16, 1998. available at: <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/hotmail.html>, consulted on 28 May, 2020.

entered into between the defendant and the plaintiff bound the defendants to fully comply with Hotmail's terms of service from the moment they clicked on the 'Agree' icon. The court therefore concluded that the defendant's conduct violated the contract entered into with Hotmail as the terms of service prohibited the use of Hotmail's email to distribute spam.

b) In the case *Mortgage Plus Inc. v. DocMagic, Inc.*⁴⁵, the court determined that the forum selection clause contained in a click software license agreement was enforceable. The court concluded that the software license agreement was a valid contract because the user had to accept its terms before the software could be installed and used. Therefore, the forum selection clause was enforceable, and the court ordered that the lawsuit be transferred to a federal district court in California.

Moreover, in other cases, the U.S. courts have established important guidelines for accepting the validity of this type of contract and thus the materialisation of irrefutable consent. For instance, in the case *Ticketmaster Co. et al. v. Tickets Com. Inc.*⁴⁶, the court found that the contract was not deemed to have been entered into 'when only certain general aspects of the contract were accessed on screen without clarifying that by clicking on the 'Accept' button other conditions are also accepted; even less so when only the test 'use means acceptance of the conditions of service' has been displayed on screen without the navigator having had the opportunity to examine them beforehand'. It cannot be said that

⁴⁵ *Martin Samson, Mortgage Plus, Inc. v. DocMagic, Inc., et al.* No. 03-2582-GTV-DJW (WHW) (D. Kan., August 23, 2004), Internet library of law and court decisions, available at: http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case356.cfm

⁴⁶ *Ticketmaster Co. et al v. Tickets Com. Inc., District Court California, 27/03/2000* Case No. CV 99-7654 HLH, available at: <https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-tickets-com-inc-2>, consulted on 30 May, 2020.

simply including the terms and conditions in this way necessarily creates a contract with anyone who uses the website.

Moreover, it follows from a review of *Swift v. Zynga Game Network, Inc.*⁴⁷, *Sherman v. AT&T Inc*⁴⁸ and *Vernon v. Qwest Communications International, Inc*⁴⁹ that courts are more likely to enforce the terms of a ‘clickwrap arrangement’ when the website user receives adequate notice of the terms, demonstrated by reasonable placement of those terms on the website, and has enough time to object to those terms. In addition, courts enforce clickwrap agreements when the website user checks an ‘I agree’ or ‘I accept’ box provided that the terms of such agreement, to which the user is supposed to agree, are reasonably available.

3.3. Clickwrap agreements in the European context

The regional regulations of the European Union and international legislation, Law 34/2002 of 11 July, Information Society Services and Electronic Commerce (LSSICE) of Spain, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and the Council on Certain Legal Aspects of Information Society Services, UNCITRAL Model Law have unified criteria establishing that in the case of contracts entered into by electronic means, there is consent from the moment acceptance is expressed regardless of whether the proposer has received such acceptance.

⁴⁷ *Rebecca SWIFT, et al., Plaintiffs, v. Zynga Game Network, Inc.; et al., Defendants*, No. C-09-5443 2011-08-4, available at: <https://casetext.com/case/swift-v-zynga-game-network-2>, consulted on 30 May, 2020.

⁴⁸ *Sherman v. AT&T Inc. No. 11 C 5857 03-26-2012*, Available at: <https://casetext.com/case/sherman-v-att-inc>, consulted on May 30, 2020.

⁴⁹ *Vernon v. Qwest Communications International, Inc. Civil Action No. 09-cv-01840-RBJ-CBS. 2013-02-27*, available at: <https://casetext.com/case/vernon-v-qwest-commcns-intl-inc>, consulted on 27 May, 2020.

The judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 21 May 2015 (reference for a preliminary ruling from the Landgericht Krefeld - Germany) - Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb. Deutschland GmbH⁵⁰ questions whether the ‘clickwrapping’ technique meets the formal requirements for transmission by electronic means within the meaning of Article 25(2) of the Brussels Regulation I⁵¹.

The CJEU holds that the technique of acceptance by means of a ‘click’ of the general terms and conditions, which includes a clause establishing jurisdiction, in a sales contract executed electronically, such as that in the main proceedings, constitutes transmission by electronic means, which provides a durable record of that clause, provided that the technique allows for the text of those terms and conditions to be printed and saved before the contract is entered into.

What is decisive for the validity of the clause is that the method used guarantees the buyer not only the possibility of accessing the clause prior to the conclusion of the contract but also the possibility of saving and reproducing such clauses unchanged. The court states that by subordinating the validity of a clause establishing jurisdiction to the existence of an ‘agreement’ between the parties, the judge hearing the case must first examine whether that clause was, in fact, consented to clearly and precisely by both parties. In the case heard by the court, there was express acceptance of the general conditions by the buyer when checking the corresponding box on the seller’s website. Thus, the court decided as follows: ‘Article 23(2) of Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of

⁵⁰ Available at: https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:-JOC_2015_236_R_0026&from=ES, consulted on 26 May, 2020.

⁵¹ Id. Article 25, subsection 2: 2. Any transmission made by electronic means that provides a durable record of the agreement shall be deemed to be in writing.

judgments in civil and commercial matters must be interpreted as follows: the acceptance technique using a ‘click’ for the general conditions, including a clause establishing jurisdiction, in a sales contract entered into electronically, as that in the main proceedings, *constitutes a transmission by electronic means, which provides a durable record of that clause, within the meaning of this provision, provided that such technique allows for the text of such conditions to be printed and saved before the contract is executed*’.

In addition, in case C-298/07⁵² between Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV and deutsche internet versicherung AG, the authority tried to determine whether a service provider operating exclusively on the Internet must communicate its telephone number to its customers before entering into a contract.

In the case in question, it was concluded that Article 5(1)(c) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) must be interpreted as that *the service provider shall provide service recipients, before entering into a contract with them, with additional information, other than their email address, which will enable them to make contact rapidly and communicate directly and effectively*. This information does not necessarily have to include a telephone number. It may consist of an electronic contact form through which service users may contact the service provider via the Internet and to which the service provider will reply by email, except in situations where a recipient of the service who, after contacting the service provider electronically, is deprived of access

⁵² Bundesgerichtshof 22 June, 2007, Petition for a pre-judicial decision, pursuant to section 234 CE, by the Bundesgerichtshof (Germany), by means of resolution on 26 April, 2007, received by the Court on June 2007, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0298&from=EN>

to the electronic network and thus requests access to a non-electronic means of communication to reach the service provider.

Thus, we identify similar treatment for the validity of clickwrap agreements in the European context. Nevertheless, it is important to reinstate the requirement of placing relevant website information on the page that allows the user to communicate with the company, if necessary, to clarify the scope of the general contract conditions in case of reasonable doubts that may cause a defect in consent and thus prevent the completion of such contracts.

3.4. Problems deriving from clickwrap agreements

Clickwrap agreements involve a series of problems that require the attention of the Science of the Law. Although we have demonstrated in this study that the validity of these contracts is generally accepted where consent is finalised through a click after complying with the regulations identified by American case law, there are certain aspects that will always generate problems of legal uncertainty. Thus, a unification of international regulations in the form of an electronic lex or computerised lex is necessary. This could be potentially adding efforts to the international legal instrument on electronic contracting in charge of UNCITRAL, which has been cited in several of its working meetings since 2004⁵³.

Clearly, in adhesion contracts, there is a depersonalisation in the legal transaction, and the business will incorporate general conditions into the contract that on certain occasions, may be unfair to the consumer by generating abusive terms; the tendency toward a contractual imbalance is a latent problem in both traditional and electronic adhesion contracts.

⁵³ UNCITRAL has been working on a Draft Convention on Electronic Contracting carried out by its Working Group IV since 2004.

For example, in the case *Specht vs. Netscape Communications Corp*⁵⁴, the court did not recognise the agreement because although the icon to transfer the software was at the top of the relevant Internet site, the link to the license agreement was at the bottom with a legend stating as follows: *please review the terms and express your consent to agree*. This phrase was simply an invitation to read the agreement and did not notify users that when transferring the software, they would be bound under the license agreement. In this case, the court emphasises that it is important to keep in mind that the Internet provides companies with many opportunities to exploit consumers who may or may not read the licenses before clicking on a strategically placed button. If a reasonable consumer is not warned of the contractual terms, they cannot accept them. The terms cannot be very subtle; otherwise, it is considered that the consumer may overlook them.

Furthermore, error as a defect of consent is an element for validity that can be compromised in this type of contract. It is common for defendant users to cite error as a defence, claiming that it was not their intention to be bound by the terms proposed by the other party. In *Pollstar v. Gigmania*⁵⁵; *Gigmania* held that the claim for breach of contract fails as a matter of law because *Pollstar* cannot assert the required contractual element of mutual consent. Indeed, upon viewing the website, the court agreed with the defendant that many visitors to the site may be unaware of the license agreement because the notice was displayed in a small grey text on a grey background. It was not underlined as is customary on the Internet and was thus not valid.

⁵⁴ *Specht v. Netscape Communications Corp.*, US District Court for the Southern District of New York., 2001, available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/150/585/2468233/>, consulted on 28 May, 2020

⁵⁵ *Pollstar Plaintiff, V. Gigmania Ltd. Defendant*. No. CIV-F-00-5671 REC SMS, United States District Court, E.D., California, 17 October, 2000, available at: <https://www.courtlistener.com/opinion/2402361/pollstar-v-gigmania-ltd/>, consulted on 22 May, 2020.

It is worth highlighting that this consent defect affects will, deviating it to something different from what the subject would have wanted without having made an error. Article 3.2.3. of the UNIDROIT Principles, in its latest version, states that an error in the expression or transmission of a statement is attributable to the person making the statement. We thus understand that if the elements of the website where the contract to purchase a good or service is displayed are not clear or properly located, it makes it possible for consumers to make an error (ignorance of the fact), leading them to enter into a contract without knowing that they are legally bound under an agreement from which rights and obligations will arise.

We would be facing a critical error, completely destroying will and preventing the formation and existence of the legal transaction. This would be an obstructive error, an error hindering and preventing the contractual agreement. The author specifies that this error takes place whenever the parties do not reach an understanding about the purpose of the contract and when acceptance does not match the offer as a result of a mistake, which prevents the existence of an agreement between the parties. Thus, this error prevents the formation of consent with respect to a given legal transaction⁵⁶.

Finally, the lack of an exclusively international standard covering principles, institutions and regulations is, in our opinion, the main legal problem in the practice of clickwrap agreements. The Internet has surpassed all borders and due to that, it is necessary to standardise the guidelines on electronic contracting through an instrument designed with that sole purpose and one which may overcome the limitations of the UNCITRAL Model Laws on electronic commerce and signatures and the Convention on elec-

⁵⁶ GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto; MANTILLA MANTILLA, Fabricio Espinosa. *The termination of the contract. New trends in comparative law*, 1th ed, Colombia, Universidad del Rosario Editorial, 2007, p. 44.

tronic communications in international contracts. This would specify the requirements that this type of contract must fulfil regardless of where the business and the consumer are located as the legislation would be uniform.

FINAL REMARKS

Clickwrap agreements will continue to be the object of countless studies and reflections requiring the regulation of electronic contracting, which is not subject to unified regulations, despite the fact that the Internet has removed borders and promoted legal businesses with elements of foreign affairs in which more than one system can converge.

The legal treatment afforded to clickwrap agreements worldwide has been heterogeneous as the theory and case law determining its scope and validity has been shaped mainly by American courts under the common law system. Nevertheless, we have shown in this study that clickwrap agreements are certainly constantly used in the practice of electronic commerce and that they have been afforded legal validity. Consent is given with a simple ‘click’.

However, it is essential to comply with a series of rules that, in our opinion, should be proposed in a Model Law on electronic contracting by UNCITRAL, with the intervention of other international organisations with experience in regulating these issues, such as the International Chamber of Commerce. We opted for a soft law instrument, as opposed to a hard law instrument (convention), in view of the success of the Model Law on electronic commerce, which has inspired several national legislations both in the Romano-Germanic and common law systems and which continues to be a reference in commercial treaties such as the recent USMCA. This new Free Trade Agreement between Mexico, the U.S and Canada (USMCA) that will come into force in mid-2020

incorporates a chapter IX entitled ‘Digital Commerce’ in its Article 19. 5 (1) referring to the legal framework of electronic transactions. It provides that ‘each Party shall maintain a legal framework governing electronic transactions that is consistent with the principles of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996’.

In the model law we propose, vendors have to face additional costs related to contract law arising from the need to adapt the website on which the contract is provided to the corresponding legal requirements and the provisions of consumer law protection. The aim is to facilitate the expansion of cross-border trade for businesses and cross-border purchases for consumers by reducing transaction costs for both parties, and this can only be achieved by making available a uniform and autonomous body of rules on electronic contract law.

In this sense, we propose that the Model Law should be based on an analysis of regional e-commerce practices from the two most representative legal systems (Civil Law and Common Law) to standardise rules providing legal certainty on this type of contract:

- a) Accept reception theory to determine the moment when the contract is entered into, as we consider this theory to be in line with the dynamics of clickwrap agreements. At the same time, it provides a timely and fair response to the issue of risk allocation when using electronic communications. Accepting the proposer’s receipt as a way to determine the moment the contract is entered into is the manner accepted by the majority of traditional legal scholars.
- b) A pre-prepared contract by a business must be drafted clearly, avoiding any complex terminology.
- c) The consumer must be given the opportunity to clearly review the terms and conditions, with all the visual elements helping specify

*Consent in clickwrap agreements: Specifications, limitations
and proposals concerning the electronic contracting system*

that if required to ‘click’, consumers would be bound because they would be accepting a legal transaction. Moreover, the option should be given to completely review the terms and scope before signing (clicking) the contract; that is to say, the hyperlinks or downloads that are on the page and that help the user access the information should not be allowed as a way to express consent since it would be a proposal that is completely or partially unknown at the time.

- d) There would be greater legal certainty if next to the ‘I accept’ option, the consumer could find an unambiguous option stating ‘I do not accept’.
- e) Following the European trend, customers must have the option to save the respective contract electronically. In other words, the business must ensure that the contract terms are made available in intelligible characters on a durable medium that allows the information in the text to be read and recorded and to be reproduced in a tangible format.
- f) Conflict clauses (applicable law and jurisdiction) must be clearly stated in the contract and be an integral part of the document, avoiding hyperlinks to other query windows.
- g) The right to withdraw from the contract within a reasonable period of time by the consumer (the day the contract is entered into in the case of the use of digital media) should be regulated. This option to withdraw should also be enabled electronically on the website. If this option is used, the business should send an acknowledgement of receipt of withdrawal via a durable medium (e.g., by email) immediately.
- h) As has been the trend in Europe, it is wise and gives greater legal certainty to the transaction if, in addition to an email address, the

business provides additional information for the consumer on its website to quickly contact and communicate directly and effectively in case of questions.

BIBLIOGRAPHY

MORENO, Javier. “The manifestation of will and its effectiveness in e-commerce”, *Journal e- Mercatoria*, 2013.

ARIAS RINCÓN, María. “Moment of finalising contracts entered into between entrepreneurs on websites”, *Journal of the Institute of Legal Sciences of Puebla*, vol. VII, num. 31, jan-jun. 2013, pp. 86-113.

Bundesgerichtshof 22 June, 2007, Petition for a pre-judicial decision, pursuant to section 234 CE, by the Bundesgerichtshof (Germany), by means of resolution from 26 April, 2007, received by the Court on June 2007, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0298&from=EN>

BARRIUSO, Carlos. *Data transmission and communication networks in electronic contracting*, 3th ed., Dykinson, 2006, pp. 83-84.

CARRASCO, Ángel, Encarna, Perera, Lobato, Cordero and Marín López, Manuel de Jesús. *Civil Law Lessons. Law of obligations and contracts in general*, 4th ed., Madrid, Tecnos, 2019.

Case File No. 58.438 despegar.com.ar S.A., s/ infracción ley 18.829, National Supreme Court of Justice of Argentina, Judges Hendler, Repetto and Bonzón, October 22nd, 2008, p. 1-3.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor. *Civil Contracts*, 6th ed., Porrúa, 2014.

DAVIDSON, Alan. *The Law of Electronic*, 2th ed., Cambridge University Press, 2015.

ESTRELLA FARIA, José Angelo. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts—An Introductory Note, *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 689-694.

*Consent in clickwrap agreements: Specifications, limitations
and proposals concerning the electronic contracting system*

GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto; MANTILLA MANTILLA, Fabricio Espinosa. *The termination of the contract. New trends in comparative law*, 1th ed, Colombia, Universidad del Rosario Editorial, 2007.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Civil Law, First Course*, 11th ed., México, Porrúa, 1991.

GARCÍA, Tonatiuh. "Reflections on the general theory of the contract", *Journal of Private Law*, 2008, num. 21-22, pp.41-67.

GATT, Adam. "Electronic commerce- click-wrap agreements. The Enforceability of click-wrap agreements», *Computer Law & Security Report*, 2002, 18, 6, pp. 404, 405. Available: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364902011056>, consulted on April 25, 2020.

Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc., et. Al., No. C-98 JW PVT ENE, C 98-20064 JW. United States District Court, N.D. California. April 16, 1998. available at: <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Contract/hotmail.html>, consulted on 28 May, 2020.

KANT, Emmanuel. *Metaphysical principles of the doctrine of law*, 2th ed., México, UNAM, 1978.

KELSEN, Hans. *Contracts and Treaties, analysed from the point of view of pure Law theory*, 5th ed., National, 1974.

LORENZETTI, Ricardo L. "Economic analysis of law: critical evaluation. Towards a theory of individual and collective action in an institutional context", *Agora Law Review*, 2002, years III-IV, num. 3 y 4, pp. 157- 177.

FLORES, María. *Impact of Electronic Commerce on Contract Law*, Madrid, Edersa, 2002.

RINCÓN, María. See María I. Rincón, *La formación y perfección del contrato por internet* (The formation and perfection of the contract by internet), *Revista Ch. de D.*, 2002.

Martin Samson, Mortgage Plus, Inc. v. DocMagic, Inc., et al. No. 03-2582-GTV-DJW (WHW) (D. Kan., August 23, 2004), Internet library of law and court decisions, available at: http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case356.cfm

MARTÍNEZ, Joaquín. *Theory of Obligations*, 41th ed., México, Porrúa, 1997.

MILLER, Roger & JENTS, Gaylord. *Business Law Today: the essentials*, 8th ed., Thomson, 2008.

MUÑOZ, Luis. *General Contract Theory*, Cardenas and Distributor, 1973.

National Conference of Commissioners on Uniform State Laws With Prefatory Note And Comments, Annual Conference Meeting In Its One-Hundred-And-Eighth Year In Denver, Colorado July 23-30, 1999, available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>, consulted on 25 May, 2020.

PACINI, Carl, Andrews, Christine & Hillison, William, «Contracting in cyberspace», 2002, CPA Journal, vol. 72, num. 3, pp. 65-67.

PÉREZ, Bernardo. *Civil Contracts*, 10th ed., México, Porrúa, 2004.

PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges. *Civil Law*, 4th ed., Uruguay, Harta, 1996.

Pollstar Plaintiff, V. Gigmania Ltd. Defendant. No. CIV-F-00-5671 REC SMS, United States District Court, E.D., California, 17 october, 2000, available at: <https://www.courtlistener.com/opinion/2402361/pollstar-v-gigmania-ltd/>, consulted on 22 May, 2020.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Of the Civil Contracts*, 21th ed., México, Porrúa, 2005.

Rebecca SWIFT, et al., Plaintiffs, v. Zynga Game Network, Inc.; et al., Defendants, No. C-09-5443 2011-08-4, available at: <https://casetext.com/case/swift-v-zynga-game-network-2>, consulted on 30 May, 2020.

ROCA, José. *Arbitration in international contracting*, Madrid, ESIC Editorial, 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Mexican Civil Law*, 4th ed., México, Porrúa S.A, 1960.

ROMERO, Miguel Acosta & ARROYO, Laura Martínez. *General Theory of the Legal Act and Obligations*, México, Porrúa, 2001.

PINOCHET, Ruperto. *La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información, Part III: El Momento de Formación del Consentimiento Electrónico* (Consent Formation through New Information Technologies), Ius et Praxis, 2005, vol. 11, num. 2, pp. 273-302.

*Consent in clickwrap agreements: Specifications, limitations
and proposals concerning the electronic contracting system*

SAVIGNY, Friedrich K. *Current Roman Legal System*, 2th ed., National Supreme Court of Justice, 2004.

Sherman v. AT&T Inc. No. 11 C 5857 03-26-2012, Available at: <https://casetext.com/case/sherman-v-att-inc>, consulted on May 30, 2020.

Specht v. Netscape Communications Corp., US District Court for the Southern District of New York., 2001, available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/150/585/2468233/>, consulted on 28 May, 2020.

Thesis: I.9o.C.37 C (10a) Passenger air transportation and travel agency contracts Collegiate Circuit Courts, Judicial Weekly of the Federation and its Gazette México, Judge, July 2016, 2130.

Ticketmaster Co. et al v. Tickets Com. Inc., District Court California, 27/03/2000 Case No. CV 99-7654 HLH, available at: <https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-ticketscom-inc-2>, consulted on 30 May, 2020.

Transactions Act (UETA) of 1999. See: https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status, United Nations Commission On International Trade Law, May 1, 2020.

Vernon v. Qwest Communications International, Inc. Civil Action No. 09-cv-01840-RBJ-CBS. 2013-02-27, available at: <https://casetext.com/case/vernon-v-qwest-comcnis-intl-inc>, consulted on 27 May, 2020.

Enpresariaren ordezkari-tza

JOSU SAGASTI

Legelari. Merkatari-tzako Zuzenbideko Irakaslea

Jurista. Profesor de Derecho Mercantil

Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 23/01/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 22/05/2023

Laburpena: Ordezkari-tza bitzta ekonomikoan garrantzi handia duen erakunde juridikoa da. Esparru partikular eta familiarrean balio ukaezina duen funtzioa betetzen badu, merkatari-tza-eremuan ordezkari-tza-jardueraren garrantzia apartekoa da. Enpresaertain eta handiaren esparruan behintzat, merkatari-tzako harreman juridiko gehienak ez ditu enpresariak berak ezartzen, ordezkarien bidez baizik.

Jakina denez, ordezkari-tzaren iturriari erreparatuta, «borondatezko ordezkari-tza» eta «legezko ordezkari-tza» bereizten dira. Lehenengoan, interesdunak berak —kasu honetan, enpresariak— izendatzen du askatasunez beste pertsona bat haren alde jardun dezan. Subjektu batek bere ordezkari gisa jarduteko beste bat izendatzen duen egintzari «ahalordetzea» esaten zaio. Bigarrenean, iturria ez da ordezkatuaren nahimena, baizik eta legea, zeinak ordezkari-tza hori derrigor ezartzen baitu subjektu baten jarduteko gaitasunaren gabezia edo mugapena ordezkatzeko. Lehenengoak, berriz, ordezkatuaren jarduteko gaitasun osoa auresuposatzen du eta horrek, dagokion ahalordearen bidez, beste bat legitimatzen du bere ordezkari gisa jardun dezan; legezko ordezkari-tzan, hain zuzen ere, jarduteko gaitasun horren gabezia edo, gutxienez, gaitasun horren mugapena da ordenamendu juridikoaren erreakzioa eragiten duena, adingabeak edo ezinduak eraginkortasunez egin ezin dituen egintzak gauzatzea ahalbidetzeko.

Gako-hitzak: legezko ordezkari-tza; borondatezko ordezkari-tza; jarduteko gaitasuna

La representación del empresario

Resumen: La representación es una institución jurídica de gran importancia en la vida económica. Si en el ámbito particular y familiar cumple una función de indudable valor, en el ámbito comercial la importancia de la actividad representativa es extraordinaria. Al menos en el ámbito de la mediana y gran empresa, la mayoría de las relaciones jurídicas mercantiles no las establece el empresario en persona, sino a través de sus representantes.

Como es sabido, atendiendo a la fuente de la representación, se distingue entre "representación voluntaria" y "representación legal". En la primera, el propio interesado, en este caso el empresario, designa libremente a otra persona para que actúe a su favor. El acto por el que un sujeto designa a otro para actuar en su representación se denomina «apoderamiento». En el segundo caso, la fuente no es la voluntad del representado, sino la ley, que establece necesariamente esa representación para suplir la falta o limitación de la capacidad de obrar de un sujeto. La primera presupone la plena capacidad de obrar del representado, lo que legitima mediante el correspondiente poder a otro que actúe en su nombre; en la representación legal, sin embargo, es precisamente la carencia o, al menos, la limitación de dicha capacidad de obrar la que provoca la reacción del ordenamiento jurídico para permitir la realización de actos que el menor o incapacitado no puede realizar con eficacia.

Palabras clave: representación legal; representación voluntaria; capacidad de obrar.

The representation of the businessman

Abstract: Representation is a legal institution of great importance in economic life. If in the private and family sphere it fulfills a function of undoubted value, in the commercial sphere the importance of representative activity is extraordinary. At least in the field of medium and large companies, the majority of commercial legal relationships are not established by the businessman in person, but through his representatives.

As is known, depending on the source of the representation, a distinction is made between "voluntary representation" and "legal representation". In the first, the interested party himself, in this case the businessman, freely designates another person to act on his behalf. The act by which a subject appoints another to act on his behalf is called "power". In the second case, the source is not the will of the represented, but the law, which necessarily establishes that representation to make up for the lack or limitation of a subject's capacity to act. The first presupposes the full capacity to act of the principal, which legitimizes another acting on his behalf through the corresponding power of attorney; in legal representation, however, it is precisely the lack or, at least, the limitation of said capacity to act that causes the reaction of the legal system to allow the performance of acts that the minor or incapacitated person cannot perform effectively.

Key words: voluntary representation; legal representation; capacity to act.

AURKIBIDEA: I. SARRERA. (I.1.) Borondatezko ordezkariak, legezko ordezkariak eta ordezkariak organikoak. (I.2.) Borondatezko ordezkariak Merkataritza Zuzenbidean. (I.3.) Enpresariaren eta enpresako pertsonalaren arteko harremanaren izaera. II. AHALDUN OROKORA EDO FAKTOREA. (II.1.) Faktorea. (II.2.) Faktorearen betebeharrak. (II.3.) Ordezkariak-ahalmena. (II.4.) Ordezkariak-ahalmenaren esparrua. (II.5.) Ordezkariakaren ondorioak. Eraginkortasun zuzena eta zeharkako eraginkortasuna. (II.6.) Faktore interesduna. III. BANAKAKO AHALDUNAK. (III.1.) Mendekoak eta morroiak. (III.2.) Merkataritzaordezkariak. IV. AHALORDEAREN ALDATZEA ETA IRAUNGITZEA. (IV.1.) Ahalordearen aldatzea. (IV.2.) Ahalordearen irauingitzea. (IV.3.) Faktorearen ahalordetzea irauingitzearen berezitasunak. V. BORONDATEZKO ORDEZKARITZAREN ETA ORDEZKARITZA ORGANIKOAREN ARTEKO HARREMANAK ETA ALDI BEREKO IZATEAREN ARAZOA. VI. MERKATARITZA-AGENTEAK. (VI.1.) Lege-araubidea. (VI.2.) Kontzeptua eta ezaugarriak. (VI.3.) Kontratugileen eskubideak eta obligazioak. (VI.4.) Kontratuaren iraupena eta irauingitzea. (VI.5.) Kalte-ordainak kontratua amaitzean. VII. BITARTEKARI ELKARGOKIDE AGENTEAK.

I. SARRERA

I.1. Borondatezko ordezkari, legezko ordezkari eta ordezkari organiko

Ordezkaritza bizitza ekonomikoan garrantzi handia duen erakunde juridikoa da. Esparru partikular eta familiarrean balio ukaezina duen funtzioa betetzen badu, merkataritza-eremuan ordezkari-jardueraren garrantzia apartekoa da. Enpresa ertain eta handiaren esparruan behintzat, merkataritzako harreman juridiko gehienak ez ditu enpresariak berak ezartzen, ordezkarien bidez baizik.

Jakina denez, ordezkariaren iturriari erreparatuta, «borondatezko ordezkari» eta «legezko ordezkari» bereizten dira. Lehenengoan, interesdunak berak —kasu honetan, enpresariak— izendatzen du askatasunez beste pertsona bat haren alde jardun dezan. Subjektu batek bere ordezkari gisa jarduteko beste bat izendatzen duen egintzari «ahalordetzea» esaten zaio. Bigarrenean, iturria ez da ordezkariaren nahimena, baizik eta legea, zeinak ordezkari hori derrigor ezartzen baitu subjektu baten jarduteko gaitasunaren gabezia edo mugapena ordezkatzeko. Lehenengoak, berriz, ordezkariaren jarduteko gaitasun osoa auresuposatzen du eta horrek, dagokion ahalordearen bidez, beste bat legitimatzen du bere ordezkari gisa jardun dezan; legezko ordezkarietan, hain zuzen ere, jarduteko gaitasun horren gabezia edo gutxienez, gaitasun horren mugapena da ordenamendu juridikoaren erreakzioa eragiten duena, adingabeak edo ezinduek eraginkortasunez egin ezin dituen egintzak gauzatea ahalbidetzeko.

Legezko ordezkariaren dagokionez, ez dago inolako espezialitaterik Merkataritza Zuzenbidean. Borondatezko ordezkari ere —merkataritzako harreman juridikoen esparruan askoz ere nabarmenagoa dena, jakina— Zuzenbide pribatuaren printzipio orokorren mende dago, nahiz

eta zenbait legegintza-berezitasun trafikoaren segurtasunaren beharrezko zaintzan oinarrituta egon.

Legezko eta borondatezko ordezkartzarekin batera, merkataritza-harremanetan funtzio nabarmena du pertsona juridikoen «ordezkaritza organikoak». Merkataritza-sozietateek, pertsona juridiko diren aldetik, organoiez baliatu behar dute, hau da, egitura konplexuagoa eta zorrotzagoa izan behar dute forma sozialen arabera eta hainbat eskumen-eremu izan behar dituzte. Organo horien artean sozietatearen administrazio-organoa dago. Sozietatea ordezkatzeko ahalmena organo horri edo sozietateko zenbait kideri dagokie. Administratzaile bakarraren eta administratzaile solidarioen kasuetan izan ezik —zeintzuei sozietatearen ordezkaritza organikoa baitagokie—, administratzaile izateak ez dakar nahitaez sozietatea ordezkatzeko ahalmena: ordezkaritza-ahalmena duten administratzaileak egon daitezke, bai eta ordezkaritza-ahalmenik ez dutenak ere —MK¹ 129 eta KSL² 233 artikulua—. Sozietatearen administrazioa administrazio-kontseilu gisa antolatu bada, Kontseilua bera izango da sozietatea ordezkatzeko ahalmena izango duena, estatutuetan edo kide bati edo gehiagori eskuordetzen zaionean izan ezik. Kontseiluak era kolegiatuan jardun beharko du —KSL 233. d) artikulua—. Kontseilariek, horiek diren aldetik, ez dute ordezkaritza-ahalmenik, organoaren barruan duten kargua kontuan hartu gabe —adibidez, Kontseiluko Presidentea—³.

¹ Merkataritza Kodea: hemendik aurrera, MK.

² Kapital-Sozietateen Legea: hemendik Aurrera, KSL.

³ Hala ere, Auzitegi Gorenaren 2014ko urriaren 7ko Epaian, Merkataritza Arloko Epaitegiak eta Probintzia Auzitegiak mantendutako irizpidetik bereiziz, goi-auzitegiak erabaki baitzuen, kasuaren inguruabarrak kontuan hartuta, administratzaile jardulea Kontseiluko Presidente izatea nahikoa izan zela ahalordetze-itxura bultzatzeko eta sozietatea fede oneko hirugarrenaren aurrean lotzeko.

I.2. Borondatezko ordezkari Merkatari Zuzenbidean

Beste edozein pertsona fisiko edo juridikorekin gertatzen den bezala, enpresari indibidualak edo sozialak ahal orokorrak edo bereziak eman ditzake, ahaldunen bidez trafikoan jarduteko aukerak zabaltzeko⁴. Ahaldun horiek enpresako langileen artekoak izan daitezke, edo, aitzitik, gerta liteke enpresari lan-harreman bidez lotutako pertsonak ez izatea.

Enpresako langile guztiek ez dute ordezkari. Enpresako langile izendapenarekin aipatzen dira beren zerbitzu ordainduak, modu iraunkorrean eta egonkorrean, establezimenduan bertan edo handik kanpo, ematen dituzten pertsonak, lan-kontratu baten ondorioz eta enpresariak sortutako erakundearen integratzen dira, enpresariarekiko zuzen edo zeharkako egoera bat izanik. Pertsonen kategoria hau, aldiz, ez da homogeneoa: alde batetik, enpresan zerbitzu intelektualak —ingeniariak, kimikariak, ekonomialariak edo lan-kontratuaren duten bulegoko langileak— edo eskuz—

⁴ Oinarrizko bibliografia: AA.VV.: Seguridad jurídica y contratación mercantil, Madrid, 1994; BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: *Auxiliares del empresario*, en «Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen I», Civitas, Madrid, 1995, págs. 718-723; *Factor*, en «Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen II», Civitas, Madrid, 1995. BONET SÁNCHEZ, José Ignacio: *Repaso de la disciplina del poder mercantil no orgánico: Comentario acerca de la Resolución de 14 de Marzo de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 20», Madrid, 2019, págs. 395-438. BORRAJO DACRUZ, Efrén: *Los auxiliares del comerciante en Derecho español*, en «Revista de Derecho Mercantil, N° 63», Madrid, 1957, págs. 7-46; *Los auxiliares del comerciante en el Derecho español*, en «Revista de Derecho Mercantil, N° 64», Madrid, 1957, págs. 245-284. BROSETA PONT, Manuel: *Las operaciones bursátiles entre plazas y el prohibido “cruce de operaciones”*, en «Estudios de Derecho Bursátil», Tecnos, Madrid, 1971, pp. 175-203. BURGOS RÓDENAS, Pedro: *La perspectiva abierta por el Mercado Único y el corredor de comercio*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 12», Madrid, 1993, págs. 77-90. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Estudios sobre la representación legal en Derecho Mercantil*, en «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico De Castro. Tomo I», Tecnos, Madrid, 1976, págs. 295-363. CANO RICO, José Ramón & BROSETA PONT, Manuel: *Los agentes mediadores en España y en el Derecho Comparado*, Tecnos, Madrid, 1980. CANO RICO, José Ramón: *Mediación, fe pública mercantil y Derecho Bursátil*,

Tecnos, Madrid, 1982; CANOSA, Ramón: *Proceso histórico de la correduría mercantil española*, en «Lecturas sobre Bolsa». Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, págs. 149-174. DEL VAL TALENS, Paula: *Conflicto de interés y dispensa al apoderado en las Sociedades de Capital. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 6078/2015, de 28 de Abril*, en «Revista Jurídica del Notariado. N° 94», Madrid, 2015, págs. 445-460. DIEZ PICAZO, Luis: *La representación en Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979. DOMINGO GONZÁLEZ, Vicente: *La fe pública mercantil. Primer Seminario*, Pamplona, 1975; *Estatuto profesional y función fedataria de los corredores de comercio colegiados en el Derecho español*, en «La Ley, n° 2», Madrid, 1986, págs. 1201-12-12; *La correduría pública en el Derecho mercantil español*, Civitas, Madrid, 1986; *Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio colegiados. Diferenciación de sus oficios, funciones y ámbitos de competencia material*, en «La Ley, n° 2», Madrid, 1987, págs. 954-967; *Contribución de los corredores de comercio a la seguridad jurídica del sistema financiero y a la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Comentarios al filo de la Sentencia 14/1992, de 10 de Febrero, del Tribunal Constitucional*, en «La Ley. N° 3», Madrid, 1993, págs. 802-822; *Pasado, presente y futuro de la fe pública mercantil*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 14», Madrid, 1994, págs. 105-118; *La función notarial de los Corredores de Comercio Colegiados*, en «La Ley. N° 4», Madrid, 1995, págs. 852-894. FERNÁNDEZ-MARTOS BERMÚDEZ CAÑETE, Emilio: *La representación de las personas jurídicas y el corredor colegiado de comercio*, Saetabis, Valencia, 1984; *La contratación mercantil y el corredor de comercio*, Saetabis, Valencia, 1987. FERNÁNDEZ PIRLA, José María: *Actualidad de la profesión de corredor de comercio colegiado*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 15», Madrid, 1994, págs. 49-64. FUGARDO ESTIVILL, José María: *Fe pública mercantil: actos y contratos intervenidos. Jurisprudencia comentada del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 1995. GALÁN CORONA, Eduardo: *En torno a la competencia del Corredor de Comercio para la intervención de poderes*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 1», Madrid, 1987, págs. 10-54. GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: *Director General de las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*, La Ley, Madrid, 2009. GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, Joaquín: *Los agentes comerciales*, en «Revista de Derecho Mercantil. N° 83», Madrid, 1962, págs. 7-26; *Acotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa*, Tecnos, Madrid, 1970. GONDRA ROMERO, José María: *Conflictos de competencia entre agentes de cambio y bolsa y corredores colegiados de comercio*, Tecnos, Madrid, 1984. GORDILLO, Antonio: *La representación aparente. Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978. HIJAS CID, Eduardo: *Representación voluntaria y relación jurídica subyacente: Postura reciente del Tribunal Supremo y de la DGRN*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 71», Madrid, 2019, págs. 115-160. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús: *Efectos de la intervención de los fedatarios públicos sobre el régimen tradicional de la circulación de los títulos al portador*, en «La Fe Pública Mercantil: II Seminario de Estudios sobre la Fe Pública Mer-

cantil», Sevilla, 1976, págs. 17-53. JUSTE MENCIA, Javier: *Limitaciones al poder de representación del factor en el giro o tráfico del establecimiento. Actuación del administrador societario en calidad de factor*, en «Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen II», Madrid, McGraw-Hill, 2002, págs. 1351-1382; *Factor de comercio, gerente de empresa, director general. Estudio jurídico mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002. LABORDA, Rafael Bartolomé: *Fe pública mercantil*, Bosch, Barcelona, 1977. MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: *Los documentos intervenidos por Corredor de Comercio*, en «Revista de Derecho Mercantil. N° 217», Madrid, 1995, págs. 1133-1164. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: *El director general de las Sociedades Capitalistas*, en «Revista de Derecho Mercantil. N° 253», Madrid, 2004, págs. 977-1004. MELLADO RODRÍGUEZ, Manuel: *La seguridad jurídica y la intervención de Corredores de comercio en la transmisión de acciones*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 14», Madrid, 1994, págs. 119-144. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *Auxiliares del empresario*, en «Revista de Derecho Mercantil. N° 72», Madrid, 1959, págs. 269-308. NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: *La notificación del saldo deudor en la ejecución de los contratos mercantiles y la fe pública del corredor de comercio colegiado*, en «Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 11», Madrid, 1993, págs. 217-232. NAVARRO VIÑUALES, José María: *Autocontratación y conflicto de intereses: Especial referencia a la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado. N° 41», Madrid, 2003, págs. 41-128. NIETO CAROL, Ubaldo: *Seguridad jurídica y transmisión de participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en «Revista de Derecho Mercantil. N° 210», Madrid, 1993, págs. 1363-1382; *La modificación del Reglamento de los Corredores de Comercio y la contratación bancaria*, en «Revista de Derecho Bancario y Bursátil. N° 70», Madrid, 1998, págs. 329-364. OLIVENCIA RUIZ, Manuel: *La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio*, en «Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría», Madrid, Civitas, 1978, págs. 498-526. POLO SÁNCHEZ, Eduardo: *Dos estudios sobre los agentes mediadores del comercio*, Barcelona, 1972; *La figura jurídica del corredor de comercio*, en «Jornadas de estudios sobre el Reglamento de Bolsines», Valencia, 1972, págs. 85-103; *Sobre la calificación jurídica del Agente de Cambio y Bolsa*, en «Coloquios de Derecho Bursátil, Universidad de Bilbao», 1970, págs. 335-352; *Competencia no tipificada de los Agentes Mediadores de Comercio en la dación de la fe pública mercantil*, en «La Fe Pública Mercantil: II Seminario de Estudios sobre la Fe Pública Mercantil», Sevilla, 1976, págs. 101-123. PRIES PICARDO, Adolfo: *Sobre la fe pública mercantil*, Civitas, Madrid, 1997. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo & GUTIÉRREZ DE CABIEDES FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Eduardo: *Aspectos jurídico-procesales de la intervención del agente mediador*, en «La fe pública mercantil. Primer Seminario», Pamplona, 1975, págs. 187-219. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *La fe pública en el ámbito mercantil. Competencia de los notarios y de los agentes mediadores colegiados*, Civitas, Madrid, 1986; *La notificación del artículo*

koak —biltegiko langileak— emanaz hirugarrenekin kontraturik egin gabe lan egiten dutenak daude; bestetik, enpresaren kanpo-jardueran parte hartzen dutenak daude, enpresariaren kontura hirugarrenekin kontratu harremanak burutuz, Lehenengoek ez dute ordezkaritza-ahalmenik, salbu eta enpresariak berariaz eman dienean; bigarrenak, aldiz, nahitaez ordezkaritza-ahalmenak dituzte, neurri handiagoan edo txikiagoan, enpresariaren izenean eta kontura establezimenduaren igorpena edo trafikoa osatzen duten egintza juridikoak egin ahal izateko. Horretan datza, hain zuzen ere, Merkataritza Zuzenbidearen legegintza-berezitasuna borondatezko ordezkaritzaaren arloan: establezimenduan esleitutako lanpostua dela-eta hirugarrenekin harremanetan dauden pertsonak, berariazko emakidariak behar izan gabe, eurei esleitutako eginkizuna betetzeko beharrezko botereak dituzte. Pertsona horiek trafikoan jarduteak sortzen duen itxura kontuan hartuta, legeak honako presuntzio hau ezartzen du: mendeko laguntzaile bakoitzak beharrezko boterea duela hirugarrenen aurrean esleitu zaizkion eginkizunak betetzeko.

Antolaketa- eta zuzendaritza-ahalmenak erabiliz, enpresariak —edo, merkataritza-sozietateen kasuan, administrazio-organismoak— zer eginkizun bete behar dituen langileetako bakoitzak erabakitzen du eta muga bakarrak izango dira, batetik, harekin batera burutu den lan-kontratuaren xedearen ondoriozkoak, eta, bestetik, lan-legerian ezarritako murrizketa funtzional eta geografikoak —LE⁵ 39 artikulua eta hurrengoak—. Langi-

1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por Corredor de Comercio, en «La Ley. Nº 4», 1993, págs. 1034-1040; *Naturaleza documental de la póliza intervenida*, en «La Ley. Nº 1», 1995, págs. 1004-1043. SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Perspectivas de la evolución del régimen jurídico de los Agentes mediadores*, en «La fe pública mercantil. Primer Seminario», Pamplona, 1975, págs. 219-240. URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo: *Consideraciones sobre la fe pública mercantil*, en «Coloquios de Derecho Bursátil, Universidad de Bilbao», 1970, págs. 127-164. VÁZQUEZ GARCÍA, Ramón José: *El Corredor de Comercio Colegiado*, en «Revista General de Derecho. Nº 502-503», Valencia, 1986, págs. 3049-3057.

⁵ Langileen Estatutua: hemendik aurrera, LE.

le horren posizioak hirugarrenen aurrean jardutea badakar, Legeak besterik gabe uste du jarduera hori garatzeko beharrezkoak diren ahalmenak dituela. Ez da beharrezkoa ahalordeak espresuki ematea. Enpresariaren jokabideak isilbidezko edo ustezko ahalordetzea dagoelako itxura sortzen du eta Zuzenbidea itxura hori eraginkortasunez babesten saiatzen da⁶.

Espainiako Merkataritza Zuzenbidean, hirugarrenekin harremanetan dauden langileen ahalordetzearen espezialitate hori ez da izaera orokorrarekin formulatzen, baizik eta 1885eko Merkataritza Kodean aipatzen den mota bakoitzerako, aldarrikatu zen unean arkaikoa zen terminologia bat erabiliz. Tipifikazio hori bakoitzari dagokion ordezkari-ahalmen handiagoa edo txikiagoa kontuan hartuta egiten da. Horrela, ahaldun nagusia edo faktorea bereizten dira —MK 281 artikulutik 291 artikulura— eta bi ahaldun berezi edo banakako: mendekoak —MK 292 artikulua— eta morroiak —MK 293 eta 295 artikulua—.

I.3. Enpresariaren eta enpresako pertsonalaren arteko harremanaren izaera

Kodetzeko unean, mandatuaren azpiespezie gisa ulertzen zen enpresaria, hirugarrenetik, enpresako langileekin lotzen zuen barne-harremana. Kodeak, hain zuzen ere, komisio-kontratuaren izenburu orokorraren pean arautzen ditu pertsona horiek eta mandataritzat jotzen ditu berariaz —281 artikulua—. Baina lege-kalifikazio hori Espainiako kodetzaile zibil eta merkataritzakoaren ohiko nahastean oinarritzen da, mandatuaren eta ordezkariaren artean eta, beraz, ezin da onartu. Hirugarrenekin harremanetan dagoen langilea ordezkaria da, baina ez da mandataria; izan ere, mandatuak edo komisioak —Merkataritza-mandatu dena— ezin go lituzke azaldu ez langile-kide horien iraunkortasun- eta mendeko-

⁶ Auzitegi Gorenaren 1991ko maiatzaren 14ko, 1992ko maiatzaren 13ko, 1998ko martxoaren 31ko eta 2004ko apirilaren 2ko Epaiak.

tasun-ezaugarri bereziak, ez eta haien eginkizunaren funtsezko izaera ordaindua ere. Egia esan, barne-mailan, enpresariaren eta enpresako langileen arteko harremana lan-kontratuaren esparruan sartzen da. Merkataritza Kodeak berak zenbait arau ematen dizkie pertsona horiei kontratuaren iraupenari eta iraungitzeko zergatiei buruz —299 artikulutik 302 artikulura⁷—. Langileen Estatutuak babes sendoa ematen dio baieztapen horri; izan ere, «beren borondatez, besteren kontura eta enplegatzaile edo enpresari izeneko beste pertsona fisiko edo juridiko baten antolaketa— eta zuzendaritza-eremuaren barruan ordaindutako zerbitzuak ematen dituzten langile gutzietan aplikatzen zaie» —LE 1.1 artikulua—.

Hala ere, mendekoak eta morroiak lan-harreman arrunt baten bidez enpresariari lotuta dauden bitartean, faktoreak ezaugarri bereko harreman baten bidez lotuta egon daitezke, edo, aitzitik, lan-harreman berezi baten bidez, goi-zuzendaritzako langileak direnean. Lehenengo kasuan, lan-kontratuari buruzko arau orokorrak aplikatuko dira; bigarrenean, berriaz, lan-harreman berezi hori arautzen dutenak, borondatearen autonomiari tarte handia aitortzen diotenak⁸. Lan-harremana orokorra edo berezia noiz den erabakitzea enpresaren antolamenduan faktoreak duen posizio juridikoaren arabera erabaki behar da.

⁷ Artikulu hauek, gaur egun, egitez, indargabetuta daude eta lan-harremana arautzeko lehen saiakera dira.

Erantzukizunari dagokionez, vide Auzitegi Gorenaren Epai hauek: 2003ko Martxoaren 24koa –RJ 2003/2073–; 2004ko Apirilaren 2koa –RJ 2004/2073–; 2007ko Matrxoaren 6koa –RJ 2007/1828–; 2007ko Maiatzaren 17koa –RJ 2007/3542–; 2007ko Urriaren 10ekoa –RJ 2007/6813– eta 2010eko Maiatzaren 14koa –RJ 2010/3494–.

⁸ Abuztuaren 1eko 1382/1985 Errege Dekretua.

II. AHALDUN OROKORA EDO FAKTOREA.

II.1. Faktorea

Faktore izendapenarekin establezimendu baten buruan kokatutako ahaldun nagusia izendatzen da, haren igorpena eta trafikoa enpresariaren izenean eta haren kontura egiteko –MK 281 artikulua–) eta establezimendu horri dagozkion gauzak administratzeko, zuzentzeko eta kontratatzeko —MK 283 artikulua—. Horixe da, izan ere, terminoaren esanahi historikoa⁹.

Merkataritza Kodearen arabera, faktorea izateko establezimendu baten buru izan behar da, nagusia edo sukurtsala izan, baina ez da eragozpenik egon behar izaera hori enpresari indibidual edo sozial baten edozein ahaldun orokorrari esleitzeko. Ildo horretan, enpresa bateko gerenteak edo zuzendari nagusiak ere faktoreak dira, nahiz eta denda, biltegi edo bulego baten buru ez izan. Dena den, ahaldun oro ez da faktorea¹⁰. Enpresaren edo establezimendu baten edo batzuen buru izatea eskatzen da.

Banakako enpresari batek edo merkataritza sozietate batek hainbat faktore izan ditzake. Ahaldun orokor bat baino gehiago izanez gero, horietako bakoitza autonomia izan daiteke besteez, enpresariaren beraren mende zuzenean, edo, aitzitik, beste ahaldun orokor baten mende, bera bezalako faktorea ere bai, baina ahalmen handiagoekin. Izan ere, ikuspegi juridikotik bateratua den faktorearen izaera juridikoa, errealitate ekonomikoan, oso garrantzi desberdineko figuretan bana daiteke. Esate baterako, zuzendaritza mailakatua duten merkataritza sozietateen kasuan,

⁹ «Faktorea» «lantegi» baten burua zen eta kontzeptu honek esangura hau zen: fabrika edo fabrika-establezimendu edo establezimendu industrial bat, bai eta edozein merkataritza-establezimendu ere, bereziki lurralde kolonial batean zegoena. Horregatik, esan daiteke enpresariaren «alter ego»a dela faktorea.

¹⁰ 2011ko apirilaren 11ko Auzitegi Gorenaren Epaia –AGE–.

kreditu erakundeak izan ohi diren bezala, faktore hori ez da soilik publikoari irekitako banku-bulegoko zuzendaria —«agentzia» izenekoa—, baizik eta plazaren zuzendaria —bulego-zuzendari batzuk kontrolatzen dituen—, eskualdeko edo probintziako eskualdeko zuzendaria eta zuzendari nagusia.

Hain zuzen ere, ahaldun nagusi horrek establezimendu baten igorpenari eta trafikoari buruzko kontratuak burutzeko ahalmena duelako, legeak bere burua behartzeko gaitasuna eta jarduera bere kontura egin behar duen pertsonaren ahalmena eskatzen dizkio faktore izateko —MK 282 artikulua—.

II.2. Faktorearen betebeharrak

Langileen gainerako kideek bezala, faktorearen betebeharrak positibo nagusia enpresariak agindutako eginkizunak betetzea da. Eginkizun horiek betetzean, faktoreek enpresari on baten arduraz jokatu behar dute, eta, beraz, enpresari nagusiaren aurrean erantzungo dute, maltzurkeriaz, zabarke-riaz edo jasotako aginduak edo jarraibideak urratzeagatik eragiten dioten edozein kalteren aurrean —MK 297 artikulua—. Ildo horretan, nabarmendu behar da 2014ko erreformaren ondoren, Kapital Sozietateen Legeak administratzaileen betebeharrak eta erantzukizunei buruzko xedapen guztiak hedatzen dituela «sozietatearen zuzendaritza gorenaren ahalmenak esleituta dituen pertsonari, haren izena edozein dela ere, harekin duen harreman juridikoan oinarritutako sozietatearen akzioen kalterik gabe», baldin eta kontseiluaren ahalmenak kontseilari ordezkari bati edo gehiagori era iraunkorrean eskuordetzen ez bazaizkio —KSL 236.4 artikulua—. Nolanahi ere, norberaren betebeharrak dira. Eremu zibilean ez bezala —KZ¹¹ 1721 artikulua—, faktoreak ezin du, enpresariaren baime-rik gabe, jasotako enkargua beste baten esku utzi. Debeku hori hausten

¹¹ Kode Zibila: hemendik aurrera, KZ.

badu, zuzenean erantzungo du ordezkoaren kudeaketez eta hark hartutako obligazioez —MK 296 artikulua—¹².

Hirugarrenekin dituzten negoziazio eta kontratazioetan, faktoreek honako hau adierazteko obligazioa dute, hau da, ordezkatzan duten banakako enpresariaren edo merkataritza sozietatearen izenean jarduten dutela —MK 284 artikulua—. Enpresariak eskubidea du faktorearekin negoziatzen eta kontratatzen duen hirugarrenak faktorea dela jakitea.

Printzipalaren konturako jarduera horretan, faktoreak ezin du bereztat aprobetxatu nagusiak baliatu behar duen aukera jakin bat. Legeak enpresaria babesten du eta ahaldu nagusi horri nagusiarekin lehiatzeko debekua ezartzen dio: faktoreak ezin ditu bere kontura establezimenduaren igorpena eta trafikoa osatzen duten mota bereko eragiketak egin, horretarako berariaz baimenduta ez badago behintzat. Debeku hori ez betetzea zehatu egiten da, operazioak sortzen dituen onurak printzipalaren alde utziz eta balizko galerak faktorearen kargura utziz —MK 288.I eta II artikulua—.

II.3. Ordezkaritza-ahalmena

Ahaldu orokorra den aldetik, faktoreak ahalmen orokorra behar du agindu zaizkion eginkizunak betetzeko. Ahalordetzea orokorra ez bada, ahaldu ez da faktore izango. Ahalmena orokorra dela ulertzen da, bai termino orokorretan pentsatuta dagoenean, bai, oro har, enpresa osoaren edo, gutxienez, establezimendu nagusi edo sukurtsal baten zuzendaritzak ahalbidetzen dituen ahalmenen zerrenda bat duenean. Ahalmen hori espresuki —ahoz edo idatziz— eman dakioke, edo isilbidez, pertsona bat establezimendu baten buru jartzen badu, obligazioak jasotzeko gaitasunarekin.

¹² Arau hau mendekoei eta morroiei ere aplikatzen zaie.

Banakako enpresaria Merkataritza Erregistroan inskribatuta badago —MK 19.1 artikulua—, ahalordea Merkataritza Erregistroan inskribatu behar da —MK 22.1 artikulua— eta gauza bera gertatzen da merkataritza sozietateetako administratzaileek kudeatzaileei edo faktoreei emandako botereei dagokienez —MK 22.2 artikulua—. Horrela, bereizi egiten dira inskribatutako ahalmenak dituzten faktoreak eta inskribatutako ahalmenik gabeko faktoreak eta bereizketa hori funtsezkoa da esleitutako ahalmenen mugak hirugarrenen aurrean eraginkorrak diren ala ez erabakitzeko aukerari dagokionez. Jakina, ahalordea inskribatzeko enpresari indibiduala edo merkataritza sozietatea inskribatuta egon behar dira —MEE 11.1 artikulua—¹³.

Inskribatu gabeko enpresariak ezin ditu Merkataritza Erregistroan inskribatu eman dituen ahalorde orokorrak; era berean, eratzen ari diren merkataritza sozietateen eta sozietate irregularren kasuan —definizioz, inskribatu gabeko sozietateak dira: KSL 36, 37 eta 39 artikulua—, bazkide guztiek eratze-eskrituran edo administratzaileek geroago egindako beste batean emandako ahalordeak ere ezin dira inskribatu. Aitzitik, likidazioan dauden sozietateek emandako ahalordeek ez dute eragozpenik Merkataritza Erregistroan inskribatzeko; izan ere, legeak adierazten duen bezala, likidazioa egiten den bitartean sozietateek beren nortasun juridikoari eusten diote —KSL 371.2 artikulua—.

Botere orokorra Merkataritza Erregistroan sartu ahal izateko eskritura publikoa behar da —MK 18.1 eta MEE 5.1 artikulua—. Hala ere, titulazio publikoaren printzipio horren salbuespen gisa, «ahalordetze pribatu elektronikoa» deiturikoak telematikoki sar daitezke Erregistroan; hau da, agiri elektronikoan eta ahalorde-emailearen sinadura elektronikoa aitortua izanik, merkataritza sozietateetako administratzaileek edo ahaldunek

¹³ Merkataritza Erregistroko Erregelamendua: hemendik aurrera, MEE.

emandakoak edo erantzukizun mugatuko «ekintzaileek» emandakoak¹⁴. Era berean, azpimarratu behar da Merkataritza Erregistroan ahalorde orokorrak inskribatzeko eskritura publiko bat edo bi edo gehiago erabil daitezkeela. Lehenengo kasuan, erregistro-inskripzio bakarra egiten da, ahalordedunaren eta eman zaizkion ahalmenen identifikazioarekin. Bigarren kasuan, bi inskripzio edo gehiago egiten dira: lehenengoa, kargua identifikatzeko, berezkoak dituen ahalmenak aipatuz, eta bigarrena edo geroagokoak, kargu zehatz horren ahalorde titularra identifikatzeko. Bigarren sistema hori oso erabilgarria da ahalorde-emailearen sukurtsal-sare zabal bat edo lurralde-egitura konplexu bat dagoenean, bankuen eta aurrezki-kutxen kasuan bezala¹⁵. Era berean, bigarren inskripzio hori ezin da egin ahalorde-emailearen ziurtagiri soil batean oinarrituta, baizik eta eskritura publiko berri bat eskatzen du¹⁶.

II.4. Ordezkaritza-ahalmenaren esparrua

Ordezkaritza-ahalmenaren eremuari dagokionez, ahalordetzea establezimenduaren igorpenera eta trafikora hedatzen da. Merkataritza Kodeak berariaz adierazten du hori faktorea establezimendu bateko kudeatzaile gisa definitzean, «hari dagozkion gauzei buruz» zuzentzeko eta kontratatzeko ahalmenekin —MK 283 eta 286 artikulua— Adierazpen horrekin, Legeak negozio edo enpresa baten eragiketa propioak aipa-

¹⁴ Irailaren 27ko 14/2013 Legearen 41 artikulua.

¹⁵ Lehenengo inskripzioan, karguen ahalmenak jasotzen dira —adibidez: eskualdeko zuzendaria, probintziako zuzendaria, plazako zuzendaria, sukurtsaleko zuzendaria— eta bigarrenaren, ahalmenen nortasuna. Horrela, ahalordedunen hurrengo izendapenek eta kargu-uzteek ez dute behartzen emandako ahalmenak errepikatuzera, karguak dituzten pertsonak identifikatuzera baizik eta aurreko inskripzio batera bidaltzen dira ahalmenak zehazteko.

¹⁶ 1976ko Maiatzaren 13ko eta 1982ko Urriaren 26ko Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren Ebazpenak Hemendik aurrera, ENZNE.

tzen ditu¹⁷. Legezko formula ez da abstraktuan interpretatu behar, hau da, establezimendu mota edo mota bati dagozkion eragiketa guztiak barne hartuta, baizik eta zehazki, establezimendu jakin batean izatez egiten diren eragiketa espezifikoen arabera. Ildo horretan, enpresaria merkataritza sozietate bat bada, igorpena eta trafikoa ezin dira besterik gabe identifikatu xede soziala osatzen duten jarduerekin, baizik eta, xedearen parte izanik, establezimendu nagusian edo ahaldun nagusi hori buru duen sukurtsalean egiaz eta benetan egiten diren jarduerekin.

Faktorea ez badago establezimendu jakin baten buru, baizik eta zuzendari nagusia bada, ordezkaritza-ahalmenak enpresari indibidual edo sozial horrek egin ohi dituen jarduera edo jardueren gaineko egintza edo eragiketa guztiak barne hartzen dituela ulertu behar da, ahalmena ematean ahalmenen zerrenda berezitua egin beharrik gabe¹⁸. Higiezinaren trafikoa diharduten enpresariaren edo sozietatearen kasuan izan ezik, ondasun higiezinaren gaineko besterentze- edo karga-egintzak gauzatzeko, eskumen hori berariaz esleitu behar da —KZ 1713.II artikulua—¹⁹.

Horrenbestez, faktoreak establezimenduaren igorpenaren eta trafikoa barruan jardunez, nagusia behartzen du; eta, alderantziz, «ezin izango da behartzat jo nagusia —merkataritzako enpresari indibiduala edo soziala— gerenteak enpresaren eragiketa propioen zirkulu hartatik kanpo kontratatu duenean, nabarmen apurtuz administrazio normal baten mugak»²⁰. Horrela, «Banka paraleloaren» kasuetan, jurisprudentziak adierazi du kreditu-erakunde batek bezeroari itzuli egin behar dizkiola

¹⁷ Besteak beste, 1960ko Irailaren 30eko, 1981eko Ekainaren 19ko, 1982ko Apirilaren 5eko, 1984ko Uztailaren 5eko eta 1986ko Apirilaren 25eko AG Epaiak.

¹⁸ 1996ko Martxoaren 14ko ENZNE.

¹⁹ Zentzu berean, 1996ko Apirilaren 22ko ENZNE.

²⁰ 1993ko Maiatzaren 7ko AGE; era berean, 1984ko Apirilaren 19ko eta 1986ko Uztailaren 5eko AGE.

sukurtsaleko zuzendariak erakunde horren jardueratik at, nahiz eta era paraleloan, jarduteko bereganatu zituen diru-kopuruak, nahiz eta eragiketa «irregularra» izan²¹. (adibidez, mugaeguna baino lehenagoko interesak erabiltzea, eta abar).

Nolanahi ere, Zuzenbide Pribatuaren printzipio orokorrak aplikatuta —KZ 1719.I eta 1727.II artikulua—, nagusia, nahiz eta faktorea enpresaren igorpenetik eta trafikotik kanpo jardun, obligaturik geratuko da, baldin eta «faktorea bere komitentearen aginduarekin aritu zela ondorioztatzen bada» —hau da, bere jarraibideen arabera— edo haren kudeaketa «esanbidez edo baieztatu egiteen bidez» onartu izan balu —MK 286 artikulua—.

Hala ere, eremu horren barruan, faktorea irudikatzeko ahalmenak mugak izan ditzake. Enpresariak, ahalmena ematean edo ondoren, faktorearen ahalmenak mugatu edo murriztu ditzake eta, muga horiek ezarri ondoren, kendu edo ezabatu ere egin ditzake. Merkataritza Kodeak hala aurreikusten du, establezimendu bateko gerentiaz ari dela, esaten duenean «baimenduta dagoela administratzeko, zuzentzeko eta kontratatzeko berari dagozkion gauzei buruz, ahalmen gehiagorekin edo gutxiagorekin, jabeak komenigarritzat jo duenaren arabera» —MK 283 artikulua—. Eta lege-agindu horren arabera, enpresariak faktorearen ahalmen orokorra mugatzeko duen aukera onartu beharko da, ahalmena orokorra izaten jarraitzeari kalterik egin gabe; izan ere, ahalmen orokorrak ez du esan nahi ahalmen muga-gabea duenik, baizik eta establezimendu jakin bati dagozkion eragiketen orokortasunera hedatzeko ahalmena. Faktore baten edo gehiagoren laguntza izanda ere, nagusiak edo enpresariak beretzat gorde ditzake, beren garrantzia edo beste arrazoi batzuk direla-eta, inoren esku uztea komeni ez diren eragiketa jakin batzuk, erreserba horiek faktorearen figura des-

²¹ Esate baterako, eragiketa horri zegozkionez bestelako inprimakiak erabiltzea; eperako gordailua jaiegunean epemuga izatea, merkaturakoak baino korritu nabarmen handiagoak izatea: besteak beste, 2003ko Uztailaren 10eko AGE.

naturalizatzen ez badute, zeinek, betiere, establezimendu horren trafikoa garatzeko beharrezkoak diren ahalmenez hornituta egon behar baitu²².

Edonola ere, gogoratu behar da mugak fede oneko hirugarrenaren aurkakoak izan daitezen, beharrezkoa dela Merkataritza Erregistroan inskribatuta agertzea —MEE 87-2 eta -8; 94-5 eta -13; 297-4 eta 302-2 artikulua—. Izan daitezkeen mugak Merkataritza Erregistroaren Aldizkari Ofizialean berariaz argitaratzen ez direnez —MEE 386-5 eta -10; 388-9 eta -11 eta 389-1 eta -22 artikulua—, aurkakotasunak ahalordea bera argitaratzen denetik aurrera eragiten du. Aitzitik, inskribatu gabeko ahalordearen kasuan, muga horiek ezin dira fede oneko hirugarrenaren aurka jarri —MK 21.1 eta 286 artikulua—.

Merkatarien matrikulan ahalmen espresua eta argitaratua duten faktoreen eta faktore nabariaren²³ arteko bereizketatik abiatuz, doktrina klasikoaren arabera, lehenengoaren jardunak nagusia ahalmenaren terminoetan bakarrik behartzen zuen, eta bigarrenarenak establezimenduen trafikoiari dagozkion gai guztietan behartzen zuen; izan ere, tazituki emandako ahalmenak, inolako mugarik adierazten ez zuenez, arazo horiek guztiak burutzeko beharrezko ahalmenen ulergarritzat jo behar zen. Doktrina hori pasatu zen 1829ko Merkataritza Koderak —175 eta 178 artikulua— eta, lehenengo Kode horren bidez, oraingoan sartzen da —MK 286 artikulua—, merkatuan era nabarian ezagutua den isilbidez izendatutako faktoreari ez ezik, ahalorde orokor orori ere aplikatu beharko zaio, baldin eta ahalordea ez bada erregistro-publizitatearen sistemara iritsi —MK 21.1 artikulua—. Kodeak faktore baten eta bestearen aurrean irizpide desberdin bati jarraitzearen arrazoia erraz adieraz daiteke: Erregistroan inskribatutako

²² 1974ko Apirilaren 19ko, 1978ko Ekainaren 26ko, 1984ko Maiatzaren 28ko eta 1984ko Ekainaren 28ko AGE.

²³ Faktore horrek isilbidezko izendapena du eta faktore gisa era nabarian jarduten du, enpresariaren aurkakotasunik gabe.

ahalordetzea duen faktorea denean, hirugarrenek boterearen mugak ezagut ditzakete eta Legeak muga horiek ezagutzen dituela sumatzen du; inskribatu gabeko ahalordea duen faktorearen kasuan, berriz, hirugarrenek ezin dute jakin mugarik dagoen ala ez. Hirugarrenak babesteko, nagusiari ez zaizkio onartzen balizko salbuespenik, erregistro-publizitaterik izan ez duten ahalmenen ustezko abusu edo urratzeetan oinarrituta. Inskribatu gabeko ahalmenak dituen faktoreak nagusia behartzen du establezimenduaren igorpen edo trafikoa eragiten duten kontratu guztietan.

Faktorearen ahalmen-mugak hirugarrenen aurka jartzea ez bezala, ordezkari-ahalmena esleituta duten kapital-sozietateen administratzaileak —KSL 233.2 artikulua— Sozietatea behartzen dute Estatutuaren zedarritutako xede sozialean jasotako egintza guztietan —KSL 234.1.I artikulua—; ordezkari-ahalmenen edozein muga ez da hirugarrenen aurrean eraginkorra izango, nahiz eta Merkataritza Erregistroan inskribatuta egon —KSL 234.1.II artikulua—. Administratzaileei emandako ordezkari, beraz, borondatezkoa da, jatorriaren arabera, eta legezkoa, edukiaren arabera, hirugarrenei dagokienez; izan ere, horiek, fede txarrez jarduten dutenean izan ezik, sozietatea lotzen dute administratzaile horiekin kontratatzen dutenean, ordezkari-ahalordeari ezarritako muga inskribaturik dagoen kasuetan ere.

II.5. Ordezkariaren ondorioak.

Eraginkortasun zuzena eta zeharkako eraginkortasuna

Establezimenduaren igorpenari eta trafikoa buruzko gaietan, Legeak faktoreari ezartzen dio, ez soilik enpresariaren kontura edo haren interesearako jardutea —ordezkari-jardun ororen oinarria dena—, baita haren izenean ere. Bai ahalordedun orokorarentzat, bai negoziatzen ari den hirugarrenarentzat, zalantzatik kanpo egon behar du ordezkariaren existentziak. Horregatik, faktoreak, negoziatzerakoan, hala adieraztea eskatzen

da eta kontratatzean espresuki hala adieraztea —berariazko «*contemplatio domini*»—: faktoreek kontzeptu horretan izenpetzen dituzten dokumentu guztietan «ahalmenez edo ordezkatzeko duten pertsonaren edo sozietatearen izenean egiten dutela adieraziko dute» —MK 284 artikulua—.

Horrela arituz —«*alieno nomine*»—, ordezkari-tza-faktorearen jardunak zuzeneko eraginkortasuna du ordezkari-tzako enpresariarentzat. Kodeak dioen bezala, faktoreek nagusien izenean kontratatzen dutenean, «Komitenteei egokitu-tako zaizkie beren gain hartzen dituzten obligazio guztiak» —MK 285.I artikulua—. Gai honetan, beraz, ez dago inolako desbideratzerik Zuzenbide Pribatuko printzipio orokorre-tziko, Zuzenbide Zibilarentzat —KZ 1725 artikulua— eta Merkataritza Zuzenbidearentzat —MK 247.II artikulua— komunak direla jo baitaitezke. Horrek esan nahi du enpresaria behartuta dagoela bere izenean faktoreak kontratatu duen hirugarrenaren aurrean. Faktoreak enpresariaren izenean burutzen duen kontratuaren ondorioak berehala gertatzen dira enpresariaren ondarean edo esparru juridikoan, enpresariak berak egin izan balu bezala. Horregatik, betetzea eskatzeko akzioa «nagusiaren ondasunetan gauzatuko da» eta ez faktorearen ondasunetan —MK 285.II artikulua—.

Hala ere, Merkataritza Zuzenbideak badu arau orokorre-tziko salbuespen bat, zeinaren arabera enpresariaren izenean faktoreak kontratatu duen hirugarrenak ez baitu akziorik ahaldu ordez-kari horren aurka. Merkataritza Kodeak hirugarrenari akzioa ematen dio faktorearen ondasunak enpresariaren ondasunekin «nahastuta daudenean» —MK 285.II artikulua—. Enpresariaren eta faktorearen ondareen arteko nahaste kasu guztietan, nahiz eta nahastea erabatekoa ez izan —hau da, nahastu gabeko ondasun batzuek irauten badute ere—, hirugarrenak badu faktorearen aurkako akzioa ere, honek enpresariaren izenean hartutako obligazioa betetzea eskatzeko²⁴.

²⁴Vide, honi buruz, 1978ko Ekainaren 26ko AGE -RJ 1978/2621-.

Aipatutako legezko betebeharra hautsiz gero, faktoreak bere izenean kontratatzen badu —«*proprio nomine*»—, eta ez bere nagusiaren izenean, zuzenean behartuko da kontratua egin duen pertsonarekin —MK 287 artikulua—. Faktorearen jardueraren ondorioak berehala gertatzen dira ordezkariaren ondarean²⁵. Faktorea da hirugarrenaren aurrean behartuta geratzen dena, enpresariaren eta hirugarren horren artean inolako harremanik ezarri gabe. Faktoreak enpresariaren kontura edo haren intereserako jardun badu ere, honek ez du akziorik ahaldu nagusi horrek kontratatu dituen pertsonen aurka, ezta horiek enpresariaren aurka ere. Legeak, ondare-erantzukizuna, negozioa berea balitz bezala bere izenean jokatzeko duen faktoreari ezartzen dio.

Kasu horietan guztietan, hirugarrenak faktorearen izaera ordezkari-tzaile ez ezagutzeak ez du esan nahi ordezkari-tza ezin denik jardun horretaz baliatu. Enpresari dagozkion akzioak ematen zaizkio, ordezkari-tza beharrezko egintza juridiko guztiak egin ditzala eskatzeko, ordezkari-tza-jardun horren ondorioek ordezkari-tzaren ondarean behin betiko eragina izan dezaten; eta, horregatik, faktorearen jardunak enpresariarekiko dituen ondorioak sortzeko moduari «*zeharkako edo bitarteko*» izena ematen zaio. Konponbide horrekin, Kodeak, ordezkari-tzari dagokionez, ezinbesteko ildo jarraitzen du, konponbide zibiletik bereizi gabe —KZ 1717 artikulua—; kasu honetan ere, Zuzenbide Pribatu osorako komuntzat har daitekeena —MK 246 artikulua—.

Baina faktoreak bere izenean jardutearen zeharkako eraginkortasunaren arauak bi salbuespen ditu Merkataritza Zuzenbidean. Lehenengo salbuespena faktore nabariari buruzkoa da. Merkataritza-doktrina klasikoak bereizi egiten zituen berariazko izendapena zuen faktorea, matrikulan inskribatua, eta «jaunaren zientziak eta pazientziak, berak kontra egin

²⁵ 1993ko Azaroaren 16ko AGE.

gabe» —«*domino sciente et patiente*»— negozioa administratzen zuena²⁶. Tradizio horri jarraituz, Kodeak «ezagunak diren enpresari edo sozietateari nabarmenki dagokion» faktoreari egiten dio erreferentzia —MK 286 artikulua—. Figuraren aurrekarietara erreferatzen badiegu, argi dago faktore nabariaren kontzeptu juridikoa ezin dela bat etorri kontzeptu arruntarekin. Beharrezkoa da, alde batetik, enpresari indibidual edo kolektibo jakin baten ahalordedun nagusi izatearen nabaritasunaren ohar positiboa —jarduten duen lurralde-eremuan ezagutza publiko gisa ulertuta²⁷; bestalde, ezaugarri negatibo gisa, beharrezkoa da, halaber, ahalordetzea isilekoa izatea edo, gutxienez, esanbidezkoa izan bada, Merkataritza Erregistroan jasota ez egotea. Inskribatutako faktore bat, nahiz eta nabaritasun handia izan, ez da, zentzu juridikoan, faktore nabaria izango²⁸.

Hala ere, nabaritasuna beti da ezaugarri erlatiboa. Ahaldu orokor bat faktore nabaria izan daiteke herri txiki batean eta, aldiz, probintziako hiriburuan izaera hori ez izatea. Enpresaria lotzen duen ala ez erabakitze-ko, kontuan hartu behar da, hirugarrenarekin egindako eragiketaren inguruabarrak direla eta —eragiketa egin zen lekua, aurrekariak, etab.—, hirugarren horrek ahaldu nagusiak jarduten zuen faktore nabari izaera ezagutzen ote zuen, edo, gutxienez, hirugarren horrek nabaritasuna ezagutzen zuela suma litekeen.

Beraz, azaldu izan den zentzuan faktore nabari batek buruturiko kontratuak «enpresa edo sozietate horren jabearen konturako egitatetzat hartuko dira, nahiz eta faktoreak ez adierazi kontratua egiteko unean», baina «betiere kontratu horiek establezimenduaren igorpen edo trafikokoan sartutako objektuei badagozkie, edo, beste izaera batekoak izan arren, on-

²⁶ Gainera, , honako hau erantzen zen: «Zientzia eta pazientzia hori herrian dagoen nabaritasun edo ospe publikoarekin frogatzen da».

²⁷ 2014ko Apirilaren 4ko AGE.

²⁸ Hala ere, *vide*, 2014ko Urriaren 7ko AGE.

doriotzatzen bada faktorea bere komitentearen aginduaren menpe aritu zela edo horrek haren kudeaketa espresuki edo egitateen bidez onartu zuela» —MK 286 artikulua—. Izendapena inskribatuta ez duen pertsonaren faktore izaeraren nabaritasunak, ahalordedun horren jardunari eraginkortasun zuzena ezagutzea ahalbidetzen du —ustezko «*contemplatio domini*» edo «*ex facta concludentia*»— eta horrek ez du beharrezkoa egiten faktoreak, kontratatzean, printzipalaren izenean ari zela adieraztea. Kontratatzeko duenak enpresari baten ahaldu orokor izaera duela, era nabari agertuz, eta kontratua enpresaren igorpen eta trafikoa sartzen diren gaien gainekoa izanik, faktoreak enpresari horren izenean jardun izan balu izango liratekeen ondorio berberak izango dira. Enpresariaren aurka jo ahal izateko, hirugarrenari nahikoa izango zaio egiaztatzea, Merkataritza Erregistroan enpresari baten faktore gisa inskribatuta egon ez arren, izaera hori publikoki ezagutzen zaiola, eta, era berean, faktorearen jardura ordezkari-ahalordearen eremuaren barruan egiaztatzen dela, edo, faktoreak eremu horretatik kanpo jardun izan balu, enpresariaren aginduak edo jarraibideak bete dituela edo egindako jarduna espresuki edo isilbidez berretsia izan dela²⁹. Halaber, jurisprudentziak adierazi du komitentea, faktorearen egintzei dagokienez, ezin dela babestu “ahalmen-gabezia, konfiantza-abusuan edo efektuen jabetzan. Edonola ere, aztertu beharko litzateke ea enpresaren igorpen edo trafikotik kanpo egon daitezkeen negozioen kasuan, arau hori aplikatzea eragotziko litzatekeen”³⁰.

²⁹ Vide, besteak beste, honi buruz, Auzitegi Gorenaren hurrengo Epaiak: 1989ko Ekainaren 22ko –RJ 1989/4776–; 1991eko Maiatzaren 14ko –RJ 1991/9816–; 1992ko Maiatzaren 13ko –RJ 1992/3923–; 1996ko Azaroaren 18ko –RJ 1996/8361–; 1998ko Martxoaren 31ko –RJ 1998/2039–; 1999ko Abenduaren 27ko –RJ 1999/9750–; 2002ko Maiatzaren 31ko –RJ 2002/4579–; 2004ko Apirilaren 2ko –RJ 2004/2073–; 2005eko Azaroaren 7ko –RJ 2005/7720–; 2005eko Azaroaren 7ko –RJ 2005/8069–; 2007ko Martxoaren 27ko –RJ 2007/1864– eta 2011ko Apirilaren 20ko –RJ 2011/3597–.

³⁰ 2007ko Irailaren 28ko AGE –RJ 2007/6273–.

Bigarren salbuespenaren ondorioz, hirugarren kontratatzaileak aukera du bere akzioa faktorearen aurka edo ordezkari-tutako enpresariaren aurka bideratzeko, baldin eta frogatzen badu kontratua «nagusiaren kontratua» egin dela, hau da, frogatzen badu ordezkari-tza dagoela, nahiz eta kontratatzean faktoreak isilarazi —MK 287 artikulua—. Aurreko kasuan faktorea izatearen nabaritasunaren froga eskatzen zen bitartean, bigarren kasu honetan —faktorea nabaria ez delako, hain zuzen ere³¹— proba inoren kontratua aritu den ala ez datza. Proba hori aurkeztuz gero —dela zuzenean, dela presuntzioen bidez—, faktorea bere izenean jardun arren, ahaldu nagusi horren jardueraren ondorio juridikoak zuzenekoak edo zeharkakoak izango dira, hirugarren horri komeni zaionaren arabera.

II.6. Faktore interesduna

Enpresariari edo merkataritza-sozietateari lan-kontratu baten bidez lotuta badago —bai erregimen orokorreko, bai goi-zuzendaritza-lan-gileen erregimen berezia izan—, kudeatzaileak edo faktoreak dagokion soldata edo ordainsaria jasotzeko eskubidea du —LE 26 eta hurrengo artikulua—. Ordainsari hori ez da ordezkari gisa jardutearen kontraprestazioa, lan-jarduera orokorraren edo bereziaren kontraprestazioa baizik: ordezkari-tza-jarduera ez da berariazko ordainsariaren xede.

Faktoreak, langile gisa duen soldata edo ordainsari eskubideaz gain, nagusiak, enpresari indibiduala edo merkataritza-sozietatea izan, faktorea negozioan bertan edo eragiketa jakin edo erabakigarriaren batean edo batzuetan parte hartzea eragin dezake. «Partehartzea» tresna teknikoa da kudeatzailea edo faktorea suspertzeko, eta, askotan, ahaldu orokor horren integrazio handiagoaren atariko izaten da —enpresariaren eta antzinako ahalordedunaren artean benetako sozietate bat eratuz—. Merka-

³¹ Kide hori Merkataritza-zo Erregistroan ahalordeak inskribatuta dituen faktorea edo inskribatu gabeko ahaldu orokorra izan daiteke.

taritza Kodeak oso arreta gutxi jartzen dio interesdun faktorearen figura horri eta hauxe besterik ez du ezartzen: itunik ezean, faktoreak irabazietan duen partaidetza «ekartzen duen kapitalaren proportziozkoa izango da; eta kapitalik ekarriko ez balu, bazkide industrialtzat hartuko da» — MK 288 artikulua—.

Lege-terminologiak —«ekarpen» eta «bazkide industrial»³²— agerian uzten du, Kodearentzat, «interesa» izateak enpresariaren eta faktorearen artean barne sozietate bat sortzea dakarrela, eta ideia hau Kodearen Zioen Azalpenak berresten du. Egia esan, banakako enpresariaren edo merkataritza-sozietatearen artean, alde batetik, eta interesa duen faktorearen artean, bestetik, benetan existitzen dena partaidetzako kontu-elkartearen kontratuaren oso antzeko kontratua da —MK 239tik 243ra artikulua—. Kontratu hau barne-sozietatearen adierazpen bat besterik ez dela uste dutenentzat, Merkataritza Kodearen terminologia guztiz koherentea da. Aitzitik, partaidetzako kontu-elkartea merkataritza-sozietatetik argi eta garbi bereizten dela uste dutenentzat³³ eta kontratu-zati generoari dagokion figura dela uste dutenentzat, faktore interesduna ezin izango da nagusiaren bazkideztat jo: nagusiaren negozioan edo horren eragiketa batean edo batzuetan interesatzen den faktorearen prestazioa ez da funts komun batean sartzeko, baizik eta egindako dirua edo ondasunak enpresariaren jabarira pasatzen dira, hark honen aurka egindako prestazioaren balioa duen kreditu-eskubidea gordetzeari kalterik egin gabe.

«Interesaren» ideia nagusia enpresariaren edo merkataritza-sozietatearen negozioaren edo eragiketaren eta eragiketen emaitza ekonomikoan parte hartzea da. Emaitzan izaten den parte hartze hori aldeek ezarritakoaren arabera finkatzen da. Ezer ezarri ez balitz, ordezeko lege-arau konplexu bat

³² Era honetan uler daiteke, hau da, jarduera solik ekartzen duen bazkide kolektibo gisa: MK 138, 140 eta 141 artikulua.

³³ 2014ko Maiatzaren 29ko AGE.

aplikatuko da —MK 288.IV artikulua—: faktoreak dirua edo ondasunak «ekarri» baditu, lor daitezkeen irabazien partaidetza «ekarritakoaren» balioarekiko proportzionala izango da; horrek, faktorearen prestazioaren balioa zehazteaz gain, negozioaren balioa zehaztea ere eskatzen du —negozio horretan interesa izanez gero—, edo nagusiak interesatutako eragiketan edo eragiketetan arriskatutakoaren balioa zehaztea. Faktorearen prestazioa ez bada dirua edo ondasunak izan, orduan, faktore interesduna «bazkide-industrialia izango da», hau da, faktoreak emaitzan duen partaidetza zehaztu beharko da lana edo jarduera soilik ekartzen duten bazkide kolektiboentzat aurreikusitako arauak aplikatuz —MK 140 artikulua—.

III. BANAKAKO AHALDUNAK

III.1. Mendekoak eta morroiak

1829ko Kodeak ez zuen enpresariaren kolaboratzaile-figura gehiago onartzen faktoreak eta morroiak baino, baina indarrean dagoenak, aldiz, bi kategoria horien artean mendekoarena sartzen du. Terminologia nahasgarria da: 1885eko Kodearen arabera, morroia, terminologia arruntan, merkataritza-mendeko izendatzen dugun pertsona da; izen horrekin, berriz, kode horren bidez ahalordedun berezi oro izendatzen da, establezimenduaren zirkulazio- edo igorpen-arlo jakin bati dagozkion eragiketak etengabe egiteko —salmenta-buru bat edo erosketa-buru—. Faktorearen ahalmena ez bezala, mendekoaren ahalmena, nahitaez, ahalmen mugatua da.

Ahalmenaren formari dagokionez, ahozkoa edo idatzizkoa izan daiteke —MK 292 artikulua— eta enpresaria Merkataritza Erregistroan inskribatuta egon arren, banakako ahalordetze edo ahalordetze berezi hori ez da Erregistro horretan nahitaez inskribatu behar. Publizitate orotarako

Kodeak nahi du partikularrei abisu publikoen bidez edo zirkularren bidez jakinaraztea —MK 292 artikulua—³⁴. Era berean, jurisprudentziak segurtasun juridiko eta fede oneko hirugarrenen babes printzipioak ere ezarri ditu³⁵.

Merkataritza Kodeak mendekoak deitutakoei eskaintzen dizkien xedapenak aplikagarriak zaizkio, halaber, enpresariaren laguntzaileen hirugarren kategoria horri, merkataritzako morroi izenekoari, gaur egun farmaziako mendekoentzat soilik gordetzen den termino batekin. Morroiak «merkataritza-eragiketa bat edo bere nagusiaren operazio igorpen edo trafikoaren atalen bat eraentzeko baimena» duten pertsonak dira —MK 293 artikulua—. Ondorioz, morroiak ere ahalduak dira, nahiz eta beren ahalmena mendekoarena baino murriztagoa izan.

Jendeari irekitako denda edo biltegietan salmenta-eragiketak egitean datza morroiaren funtzio berezia edo ohikoa eta, kasu horretarako, Kodeak adierazten du «egiten dituzten salmenten zenbatekoa kobratzeko baimendutzat joko direla, eta haien ordainagiriak baliozkoak izango dira, haien nagusien izenean emanda», betiere salmentak eskura egiten badira eta ordainketa establezimenduaren barruan egiten bada —MK 294 artikulua—. Baina ez dira morroiak egin ditzakeen eragiketa bakarrak; Kodeak berak berariaz arautzen du salgaiak jasotzeko ardura duen morroiaren kasua eta hurrengo hau adierazten du: salgaiak bere kantitate edo kalitateaz inolako eragozpenik gabe jasotzeak, nagusiak egin izan balu bezalako ondorioak izango dituela —MK 295 artikulua—³⁶.

³⁴ *Vide* Auzitegi Gorenaren hurrengo Epaiak: 1988ko Martxoaren 1eko —RJ 1988/1541— eta 1989ko Ekainaren 22ko —RJ 1989/4776—.

³⁵ *Vide* hurrengo Auzitegi Gorenaren Epaiak: 1989ko Azaroaren 22ko —RJ 1989/4776—; 1990eko Martxoaren 1eko —RJ 1990/1656— eta 1995eko Uztailaren 17ko —RJ 1995/5708—.

³⁶ Ahalmenen izate, erabilzte eta erantzukizunari buruz, *vide* Auzitegi Gorenaren Epai hauek: 1992ko Maiatzaren 13ko —RJ 1992/3923—; 1999ko Apirilaren 26koa —RJ 1999/3419—; 1999ko Abenduaren 29koa —RJ 1999/9750— eta 2011ko Apirilaren 11koa —RJ 2011/2312—.

III.2. Merkataritzako ordezkariak

Merkataritzako ordezkariak —eta merkataritzako bidaiariak Enpresariarekin lan-harremana duten eta establezimendutik kanpo enpresari horren kontratuak edo eragiketak sustatzeaz arduratzen diren pertsona naturalak dira. Izan ere, establezimenduan laguntzen dioten pertsonaz gain, enpresariak, modu jarraituan edo egonkorrean, beste pertsona batzuen zerbitzu ordainduak ere erabil ditzake, haien jarduera laguntzailea establezimendutik kanpo egiten bada. Laguntzaile horien zeregina enpresaren eragiketen esparrua etengabe zabaltzea da, handizkako merkatarit baten edo industria-enpresari baten bezeria ahal den neurrian mantenduz, berrituz eta handituz. Izan ere, laguntzaile horiek establezimendua dagoen lekutik kanpo egiten dute beren jarduera. Hain zuzen ere, egoera hori dela-eta, lan-esparruan egoera berezia dute³⁷. Laguntzaile horien ez-augarrik bereizgarriena da ordainsaria soldata finko batek, parte hartu duten eragiketetako komisioek edo sistema misto batek osa dezaketela —1438/1985 Errege Dekretua 8 artikulua—.

Izendatzeko erabiltzen den izena gorabehera, merkataritza-ordezkariek ordezkari-ahalmena izan dezakete edo ez. Oro har, bezeroen eskariak sustatzera mugatzen dira³⁸, baina, kasu batzuetan, dagokion ahalmena esleitu zaienean, beraiek amaitzen dituzte, printzipalaren izenean, sustatzen dituzten kontratuak.

³⁷ 1438/1985 Errege Dekretua, Abuztuaren 1ekoa, Merkataritza-Eragiketetan Enpresari baten edo gehiagoren kontura parte hartzen duten Pertsonen Lan-Harreman Berezia arautzen duena, eragiketa horien arriskua eta mentura beren gain hartu gabe.

³⁸ Eskari horiek enpresariak onartu ahal izango ditu edo ez.

IV. AHALORDEAREN ALDATZEA ETA IRAUNGITZEA

IV.1. Ahalordearen aldatzea

Enpresariak edo merkataritza-sozietateak esleitutako ahalordeak, esanbidekoak zein isilpekoak izan, aldatu egin daitezke, bai ahalordedunaren ahalmenak establezimenduaren igorpen eta trafikoari dagozkionetatik haratago zabalduz, bai egon daitezkeen mugak kenduz, bai, azken finean, ordezkari-tza-ahalmenak murriztuz. Horrela, adibidez, faktore bihurtzen den saltzaile baten kasuan, automatikoki zabaltzen dira ordezkari-tza-ahalmenak; gauza bera gertatzen da sukurtsal bateko zuzendari-ri dagokionez, banako enpresariak edo merkataritza-sozietateak dituen guztien zuzendari nagusi bihurtzen duenean. Handitzeak mugarik ez duen bitartean, ahalorde orokor edo faktore baten ahalmen-murrizketak ezin du ahalordearen izaera orokorra indargabetu eta, gainera, ahalordea inskribatuta bazegoen, fede oneko hirugarrenei aurka egiteko modukoa izan dadin, Merkataritza Erregistroan inskribatu eta murrizketaren datua Erregistro horren Buletin Ofizialean argitaratu behar da —MK 21.1. artikulua eta MEE 87.2. eta 94.5. artikulua—.

IV.2 Ahalordearen iraingitzea

Enpresari batek edo merkataritza-sozietate batek emandako ahalordeak iraupenik gabekoak izan daitezke —trafikoan ohikoa den bezala— edo iraupen zehatz eta jakin bat izan dezakete. Aldi baterako ahalordeak bada, ahalordetzearen denbora igarotakoan iraingiro dira.

Mugagabeak edo aldi baterakoak izan, ahalordeak edozein unetan ezeztatu daitezke. Ahalordea enpresariaren borondatez iraingitzeari ezeztatzea esaten zaio. Hasiera batean, ezeztatzearen forma ahalordetzearen formaren arabera da: ahalordearen emakida ahozkoa izan bada, ezezt-

tapena hitzekoa ere izan daiteke; ahalordetzea agiri bidez eman bada, ezeztapenak agiri bidez jasota egon behar du. Eskritura publikoan egi-letsitako ahalordeak eskritura publiko berri baten bidez ezeztatu behar dira. Baina ez da nahikoa enpresariak boterea ezeztatzea. Beharrezkoa da, gainera, ezeztatze hori ahalordedunari jakinaraztea. Ahalduaren eta nagusiaren arteko harremanetan eragina izan dezan, hark ezeztapenaren berri eman beharko dio ahalordedunari —MK 291. artikulua—. Eskrituran edo beste edozein agiritan emandako ahalordea ezeztatzean, enpresariak ahalordeduna behartu dezake ahalordedun hori jasotzen duen agiria itzultzeraz —KZ 1733. artikulua—. Inskribatutako ahalordea balitz, ahalordea iraungitzearen ondorioak, hirugarrenei dagokienez, ezeztapena inskribatu eta argitaratzen denean hasiko lirateke —MK 291.II artikulua MK 21.1. artikuluekin lotuta—³⁹.

Ezeztapena banakakoa izan daiteke —hau da, ahalmen jakin batena— edo orokorra, pertsona bati edo gehiagori emandako botere guztiena, dela data jakin batetik aurrera emandako botere guztiena⁴⁰. Kasu horietan arazoa honako hau da: ezeztapen orokor hori inskriba daitekeen edo, aitzitik, idazkuna inskribatuta dauden ahalordeei dagokienez bakarrik egin daitekeen eta ez Merkataritza Erregistroan sartu ez direnei dagokienez. Gaiak garrantzi berezia du; izan ere, Espainiako Zuzenbidean, administrazioaile berriek ez dute kontrolaren aldaketa horren aurretik sozietateak emandako botere guzti-guztiak ezagutzeko baliabide segururik, eta, beraz, ziurgabetasun larria dago emandakoak zeintzuk izan diren eta horien artean zeintzuk dauden indarrean. Horregatik, praktikan, oro har, hurrengoa uste da: aurretik emandako beste egintza batzuk aldatzeko edo azkentzeko egintzak inskribatzeko beharrezkoa dela egintza horiek

³⁹ *Vide* Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 1992ko Otsailaren 26ko Ebazpena –RJ 1992/2880–.

⁴⁰ Esate baterako, merkataritza-sozietateetan, kontrola aldatzen denean, ohikoa da administrazioaile berriek aldaketa hori gertatu aurretik emandako botere guztiak errebotkatzea.

aldez aurretik inskribatzea, dioen arau orokorra —MK 11.2. artikulua— banakako ahalmenei bakarrik aplikatu dakieke eta ez du eragozten ezeztapen orokorrak inskribatzea. Ezeztapen horiek eragina izango dute bai inskribatutakoengan, bai aldez aurretik emandakoengan, nahiz eta Merkataritza Erregistroan inskribaturik ez egon. Merkataritza-sozietateen eta, oro har, pertsona juridikoen kasuan, erakundearen bizitza aktiboan emandako botereek likidazio-aldian irauten dute⁴¹.

IV.3. Faktorearen ahalordetzea iraungitzearen berezitasunak

Faktorea enpresariaren edo nagusiaren laguntzaile egonkorra da. Hori dela eta, ahalordetzeak irauten du faktoreak ahalordetzeari uko egiten ez dion bitartean —KZ 1732.2. artikulua—; nagusiak ezeztatzen ez duen bitartean —MK 290 artikulua— edo, hain zuzen ere, faktore horren pean jarri den establezimendua besterentzen ez den bitartean —MK 291.I. artikulua—. Uko egitea ahalordea azkentzeko zergatia da ahalordedunaren borondatez; aldiz, ezeztapena edo establezimendu eskualdatzea ahalordetze hori azkentzeko zergatiak dira, enpresaburuaren borondatez. Inskribatutako ahalorde bati uko egiteari dagokionez, alde bakarreko egin-tza hori Merkataritza Erregistroan sartu ahal izateko, beharrezkoa izango da enpresariari jakinarazi izana, nagusiak beharrezko neurriak hartu ahal izan ditzan.

Faktorearen ahalordetzea iraungi egiten da, halaber, zuzendaria den establezimendua besterentzen denean. Abiapuntutzat hartzen da faktorearen ahalordetzea nagusiak ahalordunarengan duen konfiantzan oinarritzen dela. Horregatik, faktore horrek zuzentzen duen establezimendua-ren eskualdaketaren kasuan, legeak iraungitza jotzen du hari emandako ahalordetzea, berariaz kontrakoa itundu ez bada behintzat. Kasu horretan,

⁴¹ Erregistro eta Notarioritzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2011 ko Uztailaren 21eko Ebazpena.

establezimenduaren besterentzea faktoreari jakinarazteak soilik ezeztape-naren jakinarazpenaren ondorio berberak ditu —MK 291.I. artikulua—.

Ahalmen zibilekin ez bezala —KZ 1732. artikulua—, heriotza, herio-tza-adierazpena edo banakako enpresariaren ezgaikuntza ez dira faktorea-ren ahalordetzea iraugitzeko kausa —MK 290 artikulua—. Enpresaren jarraipena errazteko azaltzen den merkataritza-espezialitate horrek esan nahi du, nagusiaren edo ahalorde-emailearen heriotza edo ezgaikuntza gorabehera, faktorearen ahalmenek irauten dutela eta haren egintza eta kontratuek jaraunspeneko ondarea behartzen dutela. Hala ere, ezgaitua-ren legezko ordezkariak edo jaraunselek ahalordea ezeztatu dezakete, baina ezeztatzeak ez du nahitaez jaraunspena isilbidez onartzeko baliorik izango eta behin-behineko administrazio-egintzatzat har daiteke —KZ 999.IV. artikulua—.

Nagusiaren edo haren jaraunseleen borondatez ahalordetzea iraugitze-ko kausez gain, faktorearen ahalordetzea amaitzen da faktorearen be-raren uko egiteagatik, heriotzagatik edo desgai-kuntzagatik —MK 280. artikulua—. Faktoreak ahalordetze-ari uko egin diezaioke eta nagusiari jakinarazi. Uko egitearen ondorioz nagusiak kalte-galerak jasoko balitu, faktorea behartuta egongo da enpresariari kalte-ordaina ematera, salbu eta uko egite horren zergatia honako hau denean: «Haren kalte larri-rik gabe» agindutako eginkizunak betetzen jarraitzeko ezintasuna —KZ 1736. artikulua—. Faktorearen heriotza edo ezgaikuntzaren kasuan, le-gezko ordezkaria edo jaraunselek behartuta daude gertaera nagusiari be-rehala jakinaraztera —KZ 1739. artikulua—.

V. BORONDATEZKO ORDEZKARITZAREN ETA
ORDEZKARITZA ORGANIKOAREN ARTEKO
HARREMANAK ETA ALDI BEREKO IZATEAREN ARAZOA

Merkataritza-arloko ordezkartzaren arazo zailenen artean dago pertsona bera, aldi berean, sozietate baten ordezkari organikoa eta sozietatearen borondatezko ordezkaria izan daitekeen ala ez⁴². Gaiak garrantzi berezia du; izan ere, kapital-sozietateen administratzaileen ordezkaritza-ahalmenen mugak ez dira eraginkorrak hirugarrenen aurrean, nahiz eta Merkataritza Erregistroan inskribatuta egon —KSL 234.1.II. artikulua—; aldiz, pertsona berei emandako borondatezko ahalordetzeetan agertzen diren mugak hirugarrenen aurka jar daitezke, baldin eta inskribatuta badaude —MEE 87.2.a eta 8.a; 94.5.a eta 13.a; 297.4.a eta 302.2 artikulua—.

Materia honetan, arau orokorra borondatezko ordezkartzaren eta ordezkaritza organikoaren aldi bereko izatea onartzea da. Horrela, lehenik eta behin, merkataritza-sozietate baten ordezkaritza-ahalmena duen administratzaile izendatzen den borondatezko ordezkariak —KSL 233.2. artikulua—, izendapen hori dela eta, ez du borondatezko ahalordedun izaera galtzen —eta hala jarraitzen du—, baizik eta aurreko izaerari beste hau gehitzen dio. Aurreko ahalorde orokor edo berezi horretatik eratorritako ordezkaritza-harremana ez da eten egiten ahalordea sozietatearen administratzaile izendatzeagatik, ezta administratzaile bakarria izateagatik ere⁴³. Bigarrenik, sozietate jakin baten ordezkaritza-ahalordea duen administratzailea sozietate horren ahalduz izenda daiteke, hau da, bi izaera meta ditzake: ordezkari organikoa izatea eta, ondoren, boronda-

⁴² Auzitegi Gorenaren Doktrinak ordezkaritza organiko eta borondatezko ordezkartzaren arteko bereizketa ezarri izan du; vide hurrengo Epai hauek: 2003ko Martxoaren 12ko -RJ 2003/3152- eta 2011ko Abenduaren 23ko -RJ 2012/1895-.

⁴³ Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 2007ko Urriaren 15eko Ebazpena.

tezko ordezkaria izatea. Administrazio-Kontseiluaz ari denean, Legeak berak interpretazio hori indartzen du, organo horrek «edozein pertsonari» ahalordetzeak eman diezazkiokeela adierazten baitu —KSL 249.1. artikulua—; adierazpen honek kontseiluko kideak barne hartzen ditu, ordezkari organikorako ahalmena dutenak barne. Kontseiluak, sozietateko langileei edo hirugarrenei borondatezko ahalordetzeak emateaz gain, ordezkari organikorako ahalmenik ez duten kontseiluko kideei eta, aitzitik, ahalordetze hori duten kideei ere eman diezake.

Hala ere, arau orokor hori aplikatzeak zenbait ñabardura eskatzen ditu, arauaren irismena mugatzen dutenak. Alde horretatik, ez da onartzen administratzaile bakar batek bere buruaren alde ahalmena ematea⁴⁴; eta sozietatea bi administratzaile mankomunatu administratzen badute, ez da onargarria haiek legezko ordezkari-sistema indargabetzea —KSL 233.2, c) letra, artikulua— biek batera, bakoitzaren alde, borondatezko ahalorde solidario bat emanez⁴⁵.

Hirugarrenak zilegiki uste badu sozietatearekin kontratatzen ari dela, ordezkari organikoko ahalordea duen administratzaile baten bidez, nahiz eta administratzaileak sozietatearen borondatezko ordezkari huts gisa jardun —eta hala jasota uzten badu sozietatearen izenean parte hartzen duen egintza edo kontratuan—, sozietateak ezin izango du eraginkortasunez alegatu ordezkari hori emandako ahalmenen erabilera gaititu denik; izan ere, kasu horretan, ordezkari-ahalmenen edozein muga ez da eraginkorra izango, nahiz eta Merkataritza Erregistroan inskribatuta egon. Ordezkari organikoaren izaera Merkataritza Erregistrotik eratorritzen bada, uste da hirugarrenean konfiantza legitimo hori dagoela. Or-

⁴⁴ Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 1998ko Azaroaren 24ko Ebazpena.

⁴⁵ Erregistro eta Notariotzaren Zuzendaritza Nagusiaren 1994ko Irailaren 12ko Ebazpena.

dezkarari bikoitzak —organikoak eta borondatezkoak— ordezkaritza-titulua aukeratu ahal izango du, baina aukera horrek ez du eraginik izango pertsona horren ordezkari organikoaren izaera ezagutzen duen eta berarengan konfiantza izan duen hirugarrenaren aurrean.

Azken batean, administratzailea kargutik kentzearen ondorioz ordezkaritza organiko-ahalordea azkentzeak ez du eragiten sozietateak pertsona horri administratzaile izendatu aurretik edo ondoren emandako borondatezko ahalorde edo ahalordeak azkentzea. Kargu-uzteak ez du adierazi nahi ahalorde horiek isilbidez ezeztatu egin direnik. Kargugabetuak ordezkari organiko izateari utziko dio ordezkaritza-ahal hori izanez gero, baina, sozietatea behartzen jarrai ez dezan, berariaz errebokatu beharko dira eman zaizkion borondatezko ahalordeak eta, gainera, ezeztatze hori Merkataritza Erregistroan inskribatu beharko da.

VI. MERKATARITZA-AGENTEAK

Enpresariaren laguntzaile horiek ez dira nahastu behar merkataritza-agenteekin; izan ere, hauek benetako enpresariak dira, modu jarraituan edo egonkorrean, ordainsari baten truke, lan egiten dutenak, besteren konturako merkataritza-egintzak edo -eragiketak sustatzen edo ekintza edo eragiketa horiek inoren kontura eta inoren izenean sustatzen edo burutzen⁴⁶. Bereizketa ez da oinarritzen batzuen eta besteen jarduerageneroan, ordainketa-sisteman edo ordezkaritza-boterean: merkataritzako ordezkariak zein agenteek ahalmena izan dezakete sustatutako eragiketak enpresariaren izenean burutzeko. Bereizketa, funtsean, batzuk eta besteak enpresariarekin lotzen dituen harreman juridikoan oinarritzen da: merkataritzako ordezkariak enpresariarekin duten harremana lan-harremana den bitartean —nahiz eta araubide berezi baten mende egon—, merkata-

⁴⁶ Agentzia-Kontratuari buruzko, maiatzaren 27ko 12/1992 Legearen 1. Artikulua-.

ritza-agentek enpresariarekin komisio, artekaritza edo agentzia-kontratu baten bidez lotuta daude eta haiek beraiek merkataritza-subjektu dira, enpresa-erakunde autonomo baten titular moduan —1438/1985 Errege Dekretuaren 1.2.b) artikulua—.

VI.1. Lege-araubidea

Agentzia Kontratuari buruzko Maiatzaren 27ko 12/1992 Legearen —AKL— promulgazioak, merkataritza-agente burujabeei buruzko 1986ko abenduaren 18ko 86/653 (EEE) Direktibak aginduta, figura horren legezko tipifikazioa ezarri du. Baina Agentzia Kontratuaren Legea ez da aipatu den Direktibaren edukia eranstera mugatu; aitzitik, kontratu honi erregulazio zabala eman dio eta araudi hori ez zaie salgaiak erosten edo saltzen dituzten agenteei soilik aplikatzen —Direktibaren 1. artikulua ezartzen duen bezala—, baizik eta baita besteren konturako edozein merkataritza-ekintza edo -eragiketa egiten duten pertsona guztiei ere, nahiz eta xedapen bereziek ezarritakoa salbuespen izan⁴⁷.

Bestalde, araubide hori 330/1999 Errege Dekretuarekin osatu behar da, merkataritza-agenteentzako profesionaltasun-ziurtagiri ofiziala ezartzen duena. Langabezian dauden langileak enplegatzen eta enpresa-eskaria asebetetzen laguntzeko enplegu-politiken testuinguruan sortutako arau honek araututako lanbide-heziketako erregimena ezarri nahi du merkataritza-jarduera mota horretarako, prestakuntzan kalitate-maila uniformeak ziurtatuz eta irakaskuntzetan eta lan-jardunean koordinazio hobea bultzatuz, merkataritza-harreman edo lan-harreman baten bidez gauzatzen den alde batera utzita.

⁴⁷ Izan ere, Legeak ez ditu indargabetu zenbait agente-kategoria bereziren estatutu juridiko-profesional jakin batzuk —aseguru-agentek, publizitate-agentziak, bidai-agentziak, etab.—, zeintzuk, beraz, indarrean jarraitzen baitute; lege horrek haiekiko izaera osagarria izango du.

VI.2. Kontzeptua eta ezaugarriak

Agentzia-kontratua honela defini daiteke: pertsona natural edo juridiko bat —agentea deitzen zaio—, bitartekari burujabe gisa, beste baten aurrean —normalean, nagusia deitzen zaio—, modu jarraituan edo egonkorrean eta ordainsari baten truke, besteren konturako merkataritza-egintzak edo -eragiketak eskusiboki sustatzera edo besteren kontura eta izenean sustatzera eta burutzera behartzen duen kontratua; agenteak ez du eragiketa horien arriskua bere gain hartzen, kontrako itunik ezean —AKL 1. artikulua—.

Definizio horretatik funtsezko ezaugarri hauek atera daitezke: lehenik eta behin, agentea bitartekari burujabe gisa jarduten duen enpresaria da, eta, beraz, ez dira halakotzat hartuko mendekotasuna duten pertsonen figuraren barruan sartzen diren merkataritzako ordezkariak eta bidaiariak, ez eta, oro har, enpresariarekin lan-harremana duten pertsonak ere —AKL 2. artikulua—. Hala ere, ez da beti erraza izaten agentziako merkataritza-harremana duten kasuak eta alderdiak lan-harreman berezi batek lotzen dituen kasuak bereiztea —1438/1985 Errege Dekretuaren 2.f) artikulua—; beraz, kasu bakoitzean, agenteak enpresari burujabe izaera duela adierazten duen benetako antolaketa material eta pertsonala dagoen ala ez —nahiz eta xumea izan-zehazteko irizpideak bete beharko dira. Bigarrenik, agentearen jarduera merkataritzako egintzak edo eragiketak sustatzera eta burutzera bideratzen da, bigarren mailako merkatu ofizialetan edo baloreen merkatu arautuetan egiten direnak izan ezik —AKL 3. artikulua—. Hirugarrenik, agenteak enpresariaren edo enpresariaren izenean jarduten du eta ez du sustatzen edo kontratatzen dituen eragiketen arriskua bere gain hartzen. Agenteak nagusia ordezkatzeko du eta kontratuan aurreikusitako eragiketak sustatzeko ahalmena du, baina ahalmen hori berariaz esleituta duenean baino ezin izango ditu eragiketa horiek bere izenean burutu —AKL 6. artikulua—. Laugarrenik, lanki-

detza egonkorra edo iraunkorra da eta denbora jakin baterako edo mugaberako kontratua ezar daiteke —AKL 23. artikulua—. Bosgarrenik, agentzia-kontratua ordaindua da beti —AKL 11. artikulua eta hurrengoak—. Azkenik, adostasunezko kontratua da, baina aldeek elkar behartu daitezke idatziz formalizatzeko —AKL 22. artikulua—. Legeak berak sustatzen du formula hori, klausula jakin batzuk baliozkoak izateko baldintza gisa idatziz jasotzea eskatzen baitu⁴⁸.

VI.3. Kontratugileen eskubideak eta obligazioak

Lehenik eta behin, adierazi behar da bi alderdiak leialtasun eta fedeeneko betebeharrak orokor baten mende daudela.

Agenteak funtsezko obligazio hauek izango ditu: 1) Agindu zaizkion eragiketen sustapenez eta, hala badagokio, burutzeaz arduratzea. Agenteak bere kabuz edo bere mendekoen bidez egin behar du enkargua, baina azpiagenteen bidez ere jardun dezake nagusiaren berariazko baimena duenean, eta, kasu horretan, haren kudeaketaren erantzukizuna izango du. 2) Jakinarazi nagusiari informazio guztia, bai sustatzen edo burutzen dituen egintza edo eragiketen kudeaketari buruz, bai hirugarrenen kaudimenari buruz, nortzuekin eragiketan amaitu edo bete gabe baitaude. 3) Jarduera nagusiarengandik jasotako jarraibideen arabera garatu. 4) Nagusiaren ize-nean edozein erreklamazio jasotzea saldutako ondasunen eta sustatutako jardueren ondorioz emandako zerbitzuen kalitate edo kantitate akats edo gabeziei buruz, nahiz eta berak horiek burutu ez. 5) Kontuak ematea. Obligazio hori legean berariaz aurreikusita ez badago ere, fede onez jarduteko betebeharratik eta agenteari bere jardunaren xede den enpresari bakoitzarekiko kontabilitate independentea eramateko betebeharra ezartzen dion arauetatik ondorioztatzen da. 6) Azkenik, aldean adostasunez, agentea nagusiaren lehiakide diren beste enpresari batzuentzat jarduteko

⁴⁸ Besteak beste, konkurrentzia ez egiteko edo berme itunak.

debekua ezarri ahal izango da. Esklusibotasun-ituna edo konkurrentzia ez egiteko ituna da eta baliozkoa izateko, berariaz eta idatziz jaso behar da kontratuan. Itun horrek kontratua amaitzen den uneari ere erreferentzia egin diezaioke eta agenteari eragotzi egin diezaioke bere jarduera egiten jarraitzea aldi batez kontratua amaitu ondoren. Konkurrentzia ezaren kontratu osteko ituna baliozkoa izango da eremu geografiko batera, bezero-talde batera eta agenteak sustatutako edo burututako egintza edo eragiketen xede diren ondasun edo zerbitzu motara mugatzen bada eta haren iraupena bi urte baino gehiagokoa ez bada —AKL 20. eta 21. artikulua—. Bestalde, enkargua dela-eta, agenteak ordainsari bat jasotzeko eskubidea izango du enkarguagatik —AKL 11. artikulua— eta bezeroari, entrega-egintzan, saldutako ondasunen aitortpena eta gordailua exijitzeko ahalmena, bai eta ondasun horien gordailu judiziala egiteko eskubidea ere, hirugarrenak bidezko kausarik gabe horiek jasotzeari uko egiten dionean edo atzeratzen duenean —AKL 8. artikulua—.

Nagusiaren obligazioen artean, honako hauek ere funtsezkoak dira: 1) Agentearen esku jartzea, behar adinako aurrerapenarekin eta kopuru egokian, bere lanbide-jardueran aritzeko beharrezkoak diren laginak, katalogoak, tarifak eta gainerako dokumentuak. Obligazio hori bat dator agenteak nagusiaren jarduera sustatzeko duen betebeharrarekin. 2) Agenteari agentzia-kontratua gauzatzeko beharrezko informazio guztia ematea eta, bereziki, horren berri izaten duenetik edo aurreikusten duenetik, ohar-taraztea egintzen edo eragiketen bolumena agenteak espero zuena baino nabarmen txikiagoa izango dela. 3) Agenteari, hautatutako sistemaren arabera, hitzartutako ordainsaria ordaintzea. Ordainsari hori zenbateko finko bat, komisio bat [normalean salmenta-bolumenaren arabera hitzartua] edo bien konbinazio bat izan daiteke. Ordainsaria kontratuaren funtsezko elementua da, eta, horregatik, itunik ezean, ez da doakotasuna ezartzen; aitzitik, ordainsaria agenteak jarduten duen plazaren usadioen arabera finkatuko da, eta, halakorik ezean, epaileak arrazoizkotzat jotzen duen moduan eta

zenbatekoan. Kontratuan finkatutako prezioa globala da eta, kontrako itunik ezean, agenteak bere jardueran egindako gastu guztiak barne hartzen ditu —AKL 18. artikulua—. 4) Nagusiaren obligazio multzoa osatzeko, agenteari, epe labur batean, adierazitako eragiketa onartu edo baztertu dela jakinarazi behar zaio, eta, hala badagokio, eragiketa osorik edo zati batean gauzatu dela edo ez dela gauzatu —AKL 10.3. artikulua—.

VI.4. Kontratuaren iraupena eta iraungitzea

Agentzia-kontratua denbora jakinerako edo mugagaberako itundu ahal izango da. Kontratuan iraupen jakinik hitzartu ez bada, epe mugagaberako itundu dela ulertuko da —AKL 23. artikulua—. Denbora jakin baterako kontratuetan, alderdiek ondoz ondoko luzapenen araubidea adostu ahal izango dute; baina egin izan ez balute eta, hala ere, hasieran aurreikusitako epea amaitutakoan kontratua gauzatzen jarraituko balute, kontratu hori iraupen mugagabeko kontratu bihurtu dela ulertuko da —AKL 24.2. artikulua—.

Agentzia-kontratua, kontratu guztiei aplika dakizkiekeen arrazoi orokorren ondorioz iraungitzen da eta, horien artean, itundutako epe-muga betetzea nabarmentzen da.

Kontratua epe mugagaberako adostu bada, aldeek, alde bakarrez, edozein unetan salatu ahal izango dute kontratua —AKL 25. artikulua—. Arau hori azaltzen duen zergatia, bestalde, ez dagokio eskusiboki kontratu mota honi; betiko loturek kontratu-harremanen munduan sortzen duten gaitzespenean datza. Hala ere, kontratua salatzeko ahalmena fede onaren postulatu orokorraren arabera gauzatu behar da eta horrek esan nahi du, kasu honetan, idatziz jakinarazi behar dela, gutxienez hilabete lehenago, kontratua indarrean dagoen urte bakoitzeko, eta, gehienez, sei hilabete lehenago; hala ere, kontratua urtebetetik beherakoa izan bada, aurreabisua hilabetekoa izango da —AKL 25. artikulua—. Alderdiek

aurreabisu-epe luzeagoak adostu ahal izango dituzte, eta muga bakarra izango da agentearentzako ezarritako epeak nagusiarentzat ezarritakoak baino iraupen laburragoa ez izatea. Aurreabisua ez da beharrezkoa izango beste alderdiak legez edo kontratuz ezarritako obligazioren bat betetzen ez badu, ezta kontrako alderdia hartzekodunen konkurtsoan deklaratu denean ere —AKL 26. artikulua—. Kontratua iraungitzeko arrazoi orokor gisa agentearen heriotza edo heriotza-adierazpena ere agertzen da; Legeak, ordea, ez dio tratamendu bera ematen nagusiaren heriotzari; izan ere, kasu horretan, iraungitzea ez da automatikoki gertatuko; aitzitik, beharrezkoa izango da enpresan haren ondorengoak direnek kontratua dagokion aurreabisuarekin salatzea —AKL 27. artikulua—.

VI.5. Kalte-ordainak kontratua amaitzean

Legeak kalte-ordainen araubide berezi bat ezarri du, agenteak eska ditzakeena, kontratua amaitutakoan. Araubide horren barruan sartzen dira, alde batetik, nagusiaren alde lortutako bezeroengatiko kalte-ordain orokorra, eta, bestetik, eragindako kalte-galerengatiko kalte-ordain espezifikoa, dagokion kasuetara mugatzen dena.

Bezeroengatiko kalte-ordaina jasotzeko, agenteak bezero berriak ekarri beharko dizkio nagusiari edo lehendik zegoen bezeroekiko eragiketarik nabarmen handitu beharko ditu, eta, gainera, aurreko jarduerak enpresariarentzat funtsezko abantailak ekartzen jarraitu beharko du; gainera, bidezkoa izan behar du komisioak galdu dituelako, konkurrentzia debekatzeko ituna dagoelako edo beste edozein inguruabar dela-eta. Araubide hori iraupen mugatuko kontratuei zein iraupen mugagabekoei aplikatzen zaie. Kalte-ordain horren zenbatekoak ezin izango du, inola ere, agenteak azken bost urteetan edo kontratuaren indarraldi osoan —iraupena laburragoa bada— jasotako ordainsarien urteko batez besteko zenbatekoa gainditu —AKL 28. artikulua—.

Bezeroengatik kalte-ordainari kalterik egin gabe, agenteak eskubidea izango du nagusiak iraupen mugagabeko agentzia-kontratua alde bakarrez suntsiarazteak eragindako kalte-galerengatik kalte-ordaina eskatzeko, baldin eta horrek agenteari ez badio uzten, kontratua gauzatzeko, nagusiak eskatuta, egin dituen gastuak amortizatzen —AKL 29. artikulua—. Beraz, kalte-ordain hori nagusiak agenteari ezarritako amortizatu gabeko inbertsioengatik konpentsazio gisa eratzen da eta bereiz erreklama daiteke, baita aurrekoarekin batera ere.

Azkenik, legeak, aipatu izan diren kalte-ordainetariko bat ere jasotzeko eskubidea ez duten zenbait kasu jasotzen ditu: agenteak legez edo kontratu bidez ezarritako obligazioak ez betetzeagatik kontratua iraungitzen denean; kontratua hirugarren bati laga zaionean, nagusiaren adostasunarekin; edo agenteak berak kontratua alde bakarrez suntsiarazten duenean, salbu eta salaketaren arrazoiak nagusiari egotz dakizkiokeen inguruabarrak badira, edo agentearen adina, baliazintasuna edo gaixotasuna badira eta, ondorioz, ezin bazaio zentzuz eskatu bere jarduerekin jarraitzea —AKL 30. artikulua—.

Agenteak kalte-ordain horietako edozein erreklamatzeko duen akzioa urtebeteko epean preskribatuko da, kontratua iraungitzen den unetik zenbatzen hasita —AKL 31. artikulua—.

Agentzia-kontratutik eratorritako akzioen berri izateko eskumena agentearen egoitzako epaileari dagokio eta kontrako edozein itun deuseza da —AKL xedapen gehigarria—.

VII. BITARTEKARI ELKARGOKIDE AGENTEAK

Antzinatek, ageri izan dira profesional horiek, zeintzuen jarduera, batez ere, kontratu jakin bat burutu nahi dutenak hurbiltzea —salerosketa bat, adibidez— edo kontratu hori, enkargua egin zien bezeroaren kontura, burutzea baita. Lehen kasuan, artekari edo bitartekari soil gisa jarduten zuten; bigarrenean, berriz, benetako komisionista gisa. Geroago, profesional horien ondoan, bitartekari edo komisiiodun funtzioari fede-emaile publikoaren funtzioa gehitzen ziotenen figura agertu zen, parte hartzen zuten merkataritza-dokumentu edo -kontratuei egiazkotasuna emateko, betiere horretarako korporazio edo elkargo publiko bati atxikita bazeuden. Hori guztia, funtsean, eraginkortasun bereziko proba bat lortzeko.

Azken etapa hori da gure Merkataritza Kodean adierazi izan zena eta, hala, hiru figura ezartzen zituen: burtsa eta kanbio-agentekak, merkataritza elkargokide diren artekariak eta itsasontzietako artekari interpreteak —88. artikulua eta hurrengoak—. Bitartekari horien posizio juridikoa definitzen zaila izan da beti. Bere jarduera profesionalaren ezaugarria bi zirkunstantzia izatea izan da. Alde batetik, merkataritza-merkatariaren enpresari-izatea da, hain zuzen ere, bere izenean komisiogile eta, batez ere, bitartekari lanak egiteagatik —MKaren 14-4, 96-1 eta 892 artikulua; azken honek porrot egiteko aukera ezagutzen—. Bestalde, bitartekariak dira eta, elkargokide direnean —kolegiatuta daudenean—, beren plazaren barruan egiten dituzten beren eskumeneko eragiketa guztietan merkataritza-fede-emaile dira —MKaren 89, 93 eta 95-4. artikulua—.

Hala ere, figura horiei erreferentzia egiten dieten Merkataritza Kodearen manuak indargabetuztat jo behar dira, hainbat arrazoiengatik. «*Burtsa eta Kanbio-Agenteen*» kasuan, Balore Merkatuari buruzko uztailaren 28ko 24/1988 Legeak desagertu beharreko kidego bihurtu zuelako, merkataritza-fede-emaile izateaz gabetuz. Erreforma horretatik aurrera, honako hauek aukeratu behar zituzten: Merkataritza Artekari Elkargoki-

deen Kidego Nazionalen sartzeara; atxikita zeuden Burtsako Kanbio eta Burtsa-Agente gisa jarraitzea, erretiroa hartu arte, baina beren funtzioa burtsara mugatuz [fedea-emaile izan gabe]; edo lege hark sortutako Balore-Sozietate edo -Agentzietako batean sartzeara.

«*Itsasontzien artekari interpretetxi*» dagokienez, horiek fedea-emaile publikoen eginkizunari gehitzen diote, esku har dezaketen kontratuetan —pleitamentua, itsas aseguruak eta handiarentzako mailegua—, itsas trafikoko konplexuaren laguntzaile gisa duten zeregina. Horregatik, pleitamentu-kontratuak eta itsas aseguruaren kontratuak esku har dezakete eta esku hartu behar dute; atzerriko ontzi eta ontzi-ustiatzaileei laguntzea, interpretatzaile eta itzultzaile ofizial gisa, auzitegi eta bulego publikoen aurrean; eta atzerriko kapitainak, ontzi-ustiatzaileak edo kontsignatarioak epaiketan ordezkatzeara, horietako inor agertzen ez denean —MKaren 113. artikulua—. Hala ere, Merkataritza Kodeak 112. artikulutik 115. artikulura bitartean duen berariazko aipamena gorabehera, figura hori, izatez, desagertu egin da eta itsasontzien kontsignatarioek eta hizkuntzen interprete ofizialek hartu dituzte beren gain haien eginkizunak.

«*Merkataritzako artekari elkargokideen*» kasua bestelakoa da. Nahiz eta arian-arian —eta izena gorabehera— benetako bitartekari izateari utzi dioten, orain dela gutxi arte lan handia burutu izan dute merkataritzako fedea-emaile publiko gisa beren parte hartzea eskatzen zitzaizkien merkataritza-transakzioetan —bereziki, polizetan eta banku-kreditu eragiketetan—. Esan zitekeen merkataritzako fedea publikoaren ematea notarioekin partekatzen zutela, nahiz eta, zenbait kasutan, legeak espresuki eskatu egintza edo gertaera jakin batzuk nahitaez notarioaren aurrean egiletsitako eskritura publikoan ohartaraztea —sozietateen eraketa, estatutuen aldatzea eta abar—. Hala eta guztiz ere, Zerga, Administrazio eta Gizarte Arloko Neurriei buruzko abenduaren 29ko 55/1999 Legeak notarioak eta merkataritzako artekariak “Notarioen Kidego bakar” batean sartu zituen

—24. Xedapen Gehigarria—, Justizia Ministerioaren mende geratuz. Horrela, kidegoen benetako bat-egitea gertatu zen eta artekariak notarioen egitura korporatiboan sartu ziren —Artekariak Notarioen Elkar-goan sartu ziren—. Notarioen Kidego bakarra sortu zenetik, esan daiteke desagertu egin dela fede publikoa ematearen arloko ohiko dualtasuna eta gaur egungo Notarioen Kidego Bakarreko kideek ordura arte notarioak eta artekariak bereizita betetzen zituzten eginkizunak betetzen dituzte.

Hitzarmen kolektiboen pilaketa euskal lurralde historikoetan: lan-erreforma proposamena^{*}

IRATXO GOROSTIZA ETXEBERRIA

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

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 10/11/2022

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 23/05/2023

Laburpena: Lan-erreforma proposamen bat da lan honen helburua. Hitzarmen kolektiboen pilaketa ebazteko gatazka-arauen eta negoziazio-unitateen arauketaren erreforma proposamena egitea, hain zuzen. Bestela esanda, lan honen xedea da estatu mailako negoziazio kolektiborako esparruaren aurrean, Euskal Lurralde Historikoe-tan xedatzen diren hitzarmen kolektiboen eragingarritasuna bermatzeko lan erre-forma proposatzea, bertako errealitate sozial eta sindikal bereizgarriari erantzuteko tresna zehatz gisa. Areak ere, azken bi hamarkadetako krisiek sortutako ondorio eko-nomiko eta sozialek, bai eta horiei aurre egiteko estatu-mailan abian jarritako poli-tikek ere, eragin zuzena izan dute Euskal Lurralde Historikoetako lan-harremanen bilakaeran eta bertako sindikatuen jardunean. Aldaketa horietako batzuk negoziazio kolektiboak azken lan-erreformetan jasotako moldaketen ondorio dira.

Gako-hitzak: Lan-erreforma; hitzarmen kolektiboen pilaketa; euskal lurralde his-torikoak.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya Saria”ren VII. Edizioan saritutako lana, Akademia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2022 ean emana.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
D.L./L.G.: BI-1677-03

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVIII. Nº 31. Enero-Diciembre, 2023, pp. 169-236
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVIII. urtea. 31 zk. 2023, Urtarrila-Abendua, 169-236 or.

**Concurrencia de convenios colectivos en los territorios históricos vascos:
propuesta de reforma laboral**

Resumen: El objetivo de este trabajo es una propuesta de reforma laboral, es decir, una propuesta de reforma de la regulación de las unidades de negociación y de las normas de conflicto para resolver la concurrencia de convenios colectivos. En otras palabras, el objeto de este trabajo es proponer una reforma laboral que garantice la eficacia de los convenios colectivos que se establezcan en los Territorios Históricos Vascos, frente al marco de la negociación colectiva a nivel estatal, como un instrumento concreto de respuesta a su realidad social y sindical diferencial. Asimismo, las consecuencias económicas y sociales generadas por las crisis de las dos últimas décadas, así como las políticas llevadas a cabo a nivel estatal para hacer frente a los mismos, han tenido una influencia notable en la evolución de las relaciones laborales y la actuación de las organizaciones sindicales de los Territorios Históricos Vascos. Algunos de estos cambios son consecuencia de las adaptaciones que han sufrido las negociaciones colectivas en las últimas reformas laborales.

Palabras clave: reforma laboral; concurrencia de convenios colectivos; territorios históricos vascos.

**Concurrence of collective agreements in the Basque historical territories:
reform proposal of the labor law**

Abstract: The aim of this work is a proposal for reform of the labor law, that is, a proposal to reform the regulation of bargaining units and the rules of conflict to resolve the concurrence of collective agreements. In other words, the purpose of this work is to propose a reform of the labor law that guarantees the effectiveness of the collective agreements that are established in the Basque Historical Territories, against the framework of collective bargaining at the state level, as a concrete instrument of response to their differential social and trade union reality. Likewise, the economic and social consequences generated by the crises of the last two decades, as well as the policies carried out at the state level to deal with them, have had a notable influence on the evolution of labor relations and the performance of the union organizations of the Basque Historical Territories. Some of these changes are a consequence of the adaptations that collective negotiations have undergone in the latest reforms of the labor law.

Key words: reform of the labor law; concurrence of collective agreements; Basque Historical Territories.

AURKIBIDEA: LABURDURA ZERRENDA. I. SARRERA. II. MARKO TEORIKOA. (2.1.) Espainiako lan-erregulazio modernoaren garrantzia soziala eta bilakaera historikoa. (2.2.) Hitzarmen kolektiboen iturriak, izaera eta ezaugarriak. (2.3.) Hitzarmen kolektiboen bilakaera lan-erreformen ikuspegitik. III. AZTERKETA. (3.1.) Euskal Lurralde Historikoetako lan- harremanen errealitatea eta sindikalgintza. (3.2.) Ne-goiazio kolektiboaren arauketaren eragina euskal sindikalgintzan. IV. PROPOSAMEN LEGEGILEA. (4.1.) Justifikazioa. (4.2.) Arauketa. (4.3.) Lan-erreforma proposamenaren ondorio juridikoen azterketa. V. ONDORIOAK. VI. ERREFERENTZIA ZERRENDA. (6.1.) Bibliografia. (6.2.) Legeria. (6.3.) Jurisprudentzia. VII. ERANSKINAK. (7.1.) Elkar-rrizketak sindikatuei. i.) Langile Abertzaleen Batzordeak. ii.) Eusko Langileen Al-kartasuna. iii.) Confederación Empresarial Vasca. (7.2.) Grafikoak.

LABURDUREN ZERRENDA

ADEGI:	Asociación de Empresas de Gipuzkoa
AGE	Auzitegi Gorenaren Epaia
AKE	Konstituzio Auzitegiaren Epaia
ANE	Auzitegi Nazionalaren Epaia
art.	Artikulua
CAV	Comunidad Autónoma Vasca
CCOO	Comisiones Obreras
CEBEK	Confederación Empresarial de Bizkaia
CEN	Confederación Empresarial Navarra
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CONFEBASK	Confederación Empresarial Vasca
EAJ	Eusko Alderdi Jeltzalea
EAO	Estatuko Aldizkari Ofiziala
EHAA	Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkaria
EHBILDU	Euskal Herria Bildu
ELA	Eusko Langileen Alkartasuna
LED	Legegintzako Errege Dekretua
ESK	Ezker Sindikalaren Konbergentzia
KPI	Kontsumoko Prezioen Indizea
LAB	Langile Abertzaleen Batzordeak
LANE	Lanaren Nazioarteko Erakundea
LELTB	Langileen Estatutuari buruzko Legearen Testu Bategina

<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
PP	Partido Popular
SEA	Empresas Alavesas
STEILAS	Irakaskuntzako Langileen Sindikatua
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
UGT	Unión General de Trabajadores

SARRERA

Lan-erreforma proposamen bat da lan honen helburua. Hitzarmen kolektiboen pilaketa ebazteko gatazka-arauen eta negoziazio-unitateen arauketaren erreforma proposamena egitea, hain zuzen. Bestela esanda, lan honen xedea da estatu mailako negoziazio kolektiborako esparruaren aurrean, Euskal Lurralde Historikoetan xedatzen diren hitzarmen kolektiboen eragingarritasuna bermatzeko lan erreforma proposatzea, bertako errealitate sozial eta sindikal bereizgarriari erantzuteko tresna zehatz gisa.

Arean ere, azken bi hamarkadetako krisiek sortutako ondorio ekonomiko eta sozialek, bai eta horiei aurre egiteko estatu-mailan abian jarritako politikek ere, eragin zuzena izan dute Euskal Lurralde Historikoetako lan-harremanen bilakaeran eta bertako sindikatuen jardunean. Aldaketa horietako batzuk negoziazio kolektiboak azken lan-erreformetan jasotako moldaketen ondorio dira. Sindikatuak eta enpresaburuen elkarteak negoziazio kolektiboan jarduteko ezintasun handiak izan dituzte, LELTBk¹ hitzarmen kolektiboen pilaketak ebazteko ezarri dituen gatazka-arauen ondorioz. Estatu mailako negoziazio esparruari, besteak beste, erkidego zein probintzia mailako negoziazio esparruak debekatu eta hainbat materia zehatzen gaineko hitzarmenak egitea ukatzeko eskumena aitortu zaie. Era honetan, negoziazio kolektiborako eskubidea edukiz hustu zaie eremu honetako sindikatuak. Hurrean ere, lan-arloko euskal eragile nagusiei burututako elkarrizketetan ikus daitekeen bezala, kontsentsu zabala dago negoziazio kolektiboaren euskal esparruari berme juridikoak emateko beharraren eta berau gauzatzeko proposatzen diren irtenbide juridikoei dagokienez.

Beraz, egoera horri erantzutera dator lan-erreforma proposamen hau. Lehenik, Euskal Lurralde Historikoetako errealitate sozialak bertako

¹ EAOren 255. zk., 2015eko urriaren 24koa.

lan-baldintzak negoziazio kolektiboaren bidez hobetzeko baldintzak eskaintzen ditu. Bigarrenik, negoziazio subjektuen aldetik borondate hori existitzen da. Eta hirugarrenik, berau burutzeko bide juridikoen beharrean daude. Hartara, LETBk, negoziazio kolektiboaren arloan, gure lurraldeetako beharrei erantzuteko beharrezkoa den lan-erreforma bat proposatzea da lanaren muina.

Horretarako, lan-harreman modernoek bilakaera aztertu, lan-erreformek negoziazio kolektiboan izandako eraginak ikertu eta Euskal Lurralde Historikoetako lan-errealitatearen azterketa orokorra egiten da lanean, sindikatu nagusien eta patronalaren

jarrerak kontuan hartuz. Halaber, lan-erreforma proposamenean bide-eragarritasuna justifikatu, Langile Estatutuko erreforma gauzatzeko testu artikulatu bat proposatu eta horrek ekarriko lituzkeen ondorioen hausnarketa gauzatu da. Azken buruan, lan-erreforma proposamen horrek gaurkotetasuna, bideragarritasuna eta eraginkortasuna izan ditzan bete beharreko gutxienekoak jorratzen dira.

Jarraitutako metodologiari dagokionez, lehenik eta behin, gaiarentzat interesgarritzat jo diren iturri bibliografikoak aztertu dira. Ondoren, abstrakzio-fase bat jarraituz, gaiari buruzko gako nagusiak identifikatu eta horren arabera egitura eman zaio lanari. Jarraian, lege iturriei eta horien bilakaera historikoari erreparatu zaio eta errealitate sozial eta sindikalaren bereizgarriak kontuan hartu dira, azkenik burututako lege proposamenak bere izateko arrazoiari egoki erantzun diezaion.

Ikerketa-metodoa hizpide hartuta, izaera mistoko lana da honakoa. Alde batetik, izaera historiko-juridikoa du, lan-harreman modernoek eta haien arauketaren ibilbidean negoziazio kolektiboaren bilakaera aztertzen baita, gaur egungo errealitatea zein den argitze aldera. Bestalde, azterketa horretan oinarritutako lege-proposamena dakar lanak, egungo arauketaren hutsuneei eta negoziazio kolektiboko subjektu nagusien bo-

rondateari erantzunez. Bada, ikerketa akademikoa eta azterketa soziala uztartu dira, azken helburua den proposamen legegilea egilesteke zein premia sortu eta horiei erantzuteko asmoarekin. Lana burutzeko erabilitako iturrien harira, baliabide bibliografikoekin lan egin da.

Halaber, arau-iturriak ikertzeko EAO izan da tresnarik erabiliena. Orobat, jurisprudentziak erakundeen errealitate juridiko-soziala eguneratzen laguntzen duen heinean, jurisprudentzia-iturriak oso kontuan hartu dira, tartean Konstituzio Auzitegiaren, Auzitegi Gorenaren eta Auzitegi Nazionalaren Epaiak. Iturri horiek ezagutzeko, CENDOJ, Vlex, Aranzadi Digital eta LA LEY datu-baseak kontsultatu dira. Horrez gain, aipamen berezia merezi du aztertutako doktrina juridikoak, monografiak eta aldizkari espezializatuen bidez, Dialnet, Aranzadi Instituciones eta Deustuko Unibertsitateko CRAI zerbitzuaren baliabideak erabili direlarik horiek bilatzeko. Azkenik, azterketa soziala gauzatzeko, ELA, LAB eta CONFEBASKeko ordezkariak egindako elkarrizketak eta eragile horien dokumentu, prentsa-ohar eta ikerketak hartu dira kontuan.

Marko teorikoak, azterketa sozialak eta lege-proposamenak osatzen dute lanaren egitura. Testuan zehar erabilitako laburdura zerrenda ere jaso da aurkibideari jarraiki, bai eta lanaren burutzean erabilitako bibliografiaren zerrenda ere, hain zuzen, eranskinaren aurretik doana. Azken atal horrek, lana ulertzeko ezinbestekoak diren datuak bildu ditu, testuaren arintasunean eta ulermenean traba izan ez daitezen.

II. MARKO TEORIKOA

**2.1. Espainiako lan-erregulazio modernoaren
garrantzia soziala eta bilakaera historikoa**

Gizakiak bizitzeko beti lan egin izan badu ere, lan-zuzenbidez ezin da antolamendu juridikoko adar bereizi gisa hitz egin ekoizpen-sistema kapitalistaren hastapenetara arte. Bere aurretik garai historiko bakoitzeko erakunde juridikoen xedatu zuten lanaren arauketa, gaur egun, lanaren arauketa justizia eta gizarte-bakerako lanabestzat jotzen duen ulerkeratik at. Bada, lan-zuzenbidearen eta ekoizpen sistema kapitalistaren arteko loturak berarekin dakar lehenengoa sortzea eta bigarrena hedatzea estatu demokratiko liberalen baitan².

Hiru dira Mendebaldeko demokrazietan enplegua arautzen duten iturriak eta haien garrantzia aldatu egiten da garai eta herrialdeen arabera. Iturri horiek merkatua (lan eskaintza eta -eskaera), legeria (agintari publikoen eginkizuna) eta negoziazio kolektiboaren ondorio diren hitzarmen kolektiboak dira. Egin-eginean ere, legeek eta negoziazio kolektiboak merkatuaren erregulazioaren muga soziala suposatzen dute. Esan daiteke esku-hartze hori mendebaldeko pentsamendu humanistan eta sindikatuen onarpenean oinarritzen dela, demokraziaren ezaugarri diren erakundeen erakusgarri gisa³. Estatuaren esku-hartze horri dagokionean, legearen kodetzea da gaur egungo gizartean garrantzi handiena duen fenomeno kultural, politiko eta juridikoetako bat. Aurrerapauso nabarmena izan da Zuzenbidearen bilakaeran, eta, ikuspegi historikotik, gizarteriaren egoera aldatzen lagundu zuen, Erregimen Zaharreko sostengua zen estatu-egitura eraitsiz. Horrek esan nahi du kodetze-prozesuak direla, ezbairik gabe, bilakaera juridikoaren gertaera historiko konplexuenetari-

² ARRIETA IDIAKEZ, F. (2019, 21-22 or.).

³ KAIERO URIA, A. (1999, 89-116 or.).

ko bat; izan ere, heldutasun adierazgarri da antolamendu juridikoentzat. Hain justu ere, kodetzeak berarekin dakar zenbait egoera desberdin integratzea, hala nola, mendez mende jasotako askotariko arau-sakabanatzea, horiek aplikatzean egondako ezadostasunak, korrante filosofiko ezberdinen arteko tentsioak⁴...

Horregatik, XIX. mendeko Espainian eman zen prozesu luze eta malakartsua ulertzeko oinarritzko gertaera izan zen kodetze konstituzionalaren ezarpena. Horiek horrela, prozesu horren azterketa lagungarria da, besteak beste, lanaren objektu diren hitzarmen kolektiboen pilaketa arautzen duten gatazka-arauen jatorria eta gaur gaurkoz duten esangura osoa ulertzeko; arean ere, momentu hartan garatu zen Espainiako lan- harremanen arauaketa modernoa, XIX. mendean hasi eta gaurdaino bilakaera nabarmena jasan duena. Orduan, liberalismoaren eraginez, estatuak legegintza-arloan bere burua mugatu eta eginkizun kodifikatzailea hartu zuen, 1829ko eta 1885eko Merkataritzako Kodeak eta 1889ko Kode Zibila arautuz eta gure ordenamenduaren oinarri juridiko modernoak finkatuz.

Lehen Errepublikatik (1873) Errestaurazioa amaitu arte (1923), Benot Legea deitu zitzaion 1873ko uztailaren 24ko Legearekin, adingabeen lana arautzekoarekin, Espainiako gizarte-legeria modernoari ekin zitzaion. Ostean, Primo de Rivera jenerala 1923an boterera heldu zenean, Lan Kodea (1926ko abuztuaren 23ko LED) eta 1926ko azaroaren 26ko LED (Erakunde Korporatibo Nazionala sortu zuena) ezarri ziren⁵.

Erregimen autoritario hori garatu zenerako, hots, 1919. urterako, Lanaren Nazioarteko Erakundea eratzeke itunaren hitzaurreak adierazia zuen «Bake unibertsal eta iraunkorra justizia sozialean soilik oinarritu daitekeela. Hala ere, ez du ahazten «bidegabekeria, miseria eta gabezia maila hori dakarten lan-baldintzak daudela gizaki askorentzat, eragin-

⁴ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A.L. (2012, 167-194 or.).

⁵ CEOE (2016, 2-4. or.).

dako atsekabea mehatxu bat dela bake eta harmonia unibertsalerako; eta premiazkoa dela baldintza horiek hobetzea (...)». Modu honetan, lan-harremanen arauketak duen gizarte garrantzia agerian geratu zen nazioartean XX. mendearen hasieran⁶.

Bigarren Errepublikan berriz, 1931ko Konstituzioaren bidez zuzenbideko estatu demokratiko eta sozial baten oinarriak ezarri ziren. Hartara, lan-harremanen konstituzionalizazioa, estatuaren eta erregioen arteko eskumen-banaketaren arauketa, sindikatu-askatasunerako eskubidea eta lana «betebehar soziala» zela aitortzea ekarri zuen. Orobat, Lan Kontratuaren 1931ko azaroaren 21eko Legea, Epaimahai misto profesionalen 1931ko azaroaren 27ko Legea, Langileen eta Patronatukideen Elkarte Profesionalei buruzko 1932ko apirilaren 8ko Legea eta Auzitegi Goreneko Bosgarren Salaren sorrera ekarri zituen garai horrek.

Francoren diktadura faxistaren aroan, lan-kontratu Lan Kontratuaren Legearen bidez arautu zen. Era berean, 1944ko urtarrilaren 26an, Espainiako Erakunde Sindikala sortu zen eta 1947an enpresa-epaimahaiak sortu ziren, 1962ra arte indarrean jarri ez zirenak. Gainera, estatuaren monopolioa ezarri zen lan-baldintzak finkatzeko, 1942ko urriaren 16ko Legean araututako Laneko Erregelamendu Nazionalen bidez, gerora Lan Ordenantzak deitu zirenak. 1956. urtearen inguruan, egoera ekonomikoak aukera eman zuen lan-baldintza kolektiboak negoziatzeko, eta, beraz, 1958ko apirilaren 24ko Legea, hitzarmen kolektiboek buruzkoa, aldarrikatu zen.

Trantsizio politikoan nazioarteko hainbat itun eta hitzarmen berretsi ziren, ezen sindikatu bertikala deiturikoa desegin eta klase-sindikalismoarekin ordeztu baitzen, 1977ko apirilaren 1eko Legearen bidez. 1977ko abenduaren 6ko Errege Dekretua⁷, enpresen barruan langileen ordezkaritza-organoei buruzkoa, arautzeari esker, enpresetan langileen

⁶ LANE (1919, Hitzaurrea).

⁷ EAOren 297. zk., 1977ko abenduaren 13koa.

ordezkarien hauteskundeak egin ziren 1978an, eta horrek ekarri zuen enpresen zinpeko agintaldiaren amaiera. Horrez gain, aipatzekoak dira Lan Harremanen Legea⁸, 1976ko apirilaren 8koa, 1944ko Lan Kontratuaren Legea⁹ aldatu zuena, eta martxoaren 4ko 17/1977 LED, Lan Harremani buruzkoa ere, gatazka kolektiboen eta grebaren araubidea arautu eta kaleratze bidegabea eta kaleratze objektiboa gertatuz gero, nahitaez berriro onartzea ekarri zuena¹⁰.

1978ko Konstituzioak lan-harreman modernoaren osaera ulertzeko interesgarriak diren hainbat alderdi arautu zituen. Oinarri-oinarritik hasita, Estatu sozial, demokratiko eta zuzenbidekoaren definizioa (1. art.), antolamendu juridikoaren funtsezko iturri gisa legearen nagusitasuna aitortzea (9. art.) eta estatuko legegikiko nazioarteko arauen nagusitasuna ezartzea (10 eta 96. art.) lan-harremanen arauketarako intereseko baldintzak dira. Horretan oinarrituta, langileen sindikatuei eta enpresaburuen elkarteei berezkoak dituzten interes ekonomiko eta sozialen defentsa eta sustapena egiteko eskubidea onartzea ere azpimarratzekoa da (7. art.). Oinarrizko eskubideen eta askatasun publikoen artean, berdintasunaren printzipioa eta bereizkerien debekua (14. art.), ohorerako, intimitatea babesteko eta norberaren irudia kudeatzeko eskubidea (18. art.), adierazpen-askatasuna (20. art.) eta babes judizial eragingarria (24. art.) ere nabarmendu beharrekoak dira. Baina, bereziki, lan-arloan duen edukiagatik, sindikatu-askatasuna (28.1 art.) eta greba- eskubidea (28.2 art.) dira esanguratsuenak.

Bestalde, herritarren eskubide eta betebeharre dagokienez, lanerako betebeharra eta eskubidea, lanbidea edo ogibidea askatasunez aukeratzea, lanaren bidez mailaz igotzea, eta pertsonaren eta familiaren beharriak asetzeko behar adinako ordainsaria izatea (35.1 art.) aipa daitezke.

⁸ EAOren 96. zk., 1976ko apirilaren 21ekoa.

⁹ EAOren 58. zk., 1977ko martxoaren 9koa.

¹⁰ CEOE (2016, 2-4. or.).

Bide beretik, negozioazio kolektiborako eskubidea eta hitzarmenen indar loteslea (37.1 art.), gatazka kolektiboko neurriak hartzeko eskubidea (37.2 art.) edo enpresa-askatasuna (38. art.) ezinbesteko eskubideak dira lan-harremanak garatu ahal izateko. Politika sozial eta ekonomikoaren printzipio gidariei dagokienez, hurrengoak dira nabarmentzekoak: familiararen babes sozial, ekonomiko eta juridikoa (39. art.), enplegu osora bideratutako politikari buruzko aipamena (40.1 art.) lanbide- prestakuntza eta -berregokitzea bermatuko duen politika sustatzea, Estatuak laneko segurtasuna eta higiena zaintzeko duen betebeharra, eta beharrezko atsedena bermatzea (40.2 art.), Gizarte Segurantzaren sistema publikoari buruzko aipamena (41. art.) eta osasuna babesteko eskubidea (43. art.). Hain zuzen, oinarritzko egitura juridiko horren baitan hartzen du zentzua hitzarmen kolektiboen arauketak.

Horrez gain, autonomia-erkidegoen eta estatuaren arteko eskumen-banaketaren sistemari dagokionez, 148 eta 149. artikuluetan zehazten da estatuaren eta autonomia- erkidegoen eskumenak zein diren, lan-harremanen arauketa zuzenean baldintzatzen duen auzia alegia¹¹. Ulerkera horrek zuzenean eragiten du hitzarmen kolektiboen arauketan, eta, modu horretan, negozioazio kolektiboaren egituraketaren auzia, pilaketa-egoe-rak ebazteko gatazka-arauak eta beste hainbat elementu erabakigarri estatuaren erabakimenaren esku uzten ditu.

Etengabeko gatazka-iturri den arauketa horri dagokionez, Konstituzio Auzitegiak 2019ko abenduaren 18ko Epaian adierazi zuen enegarrenez lan-arloko legeria estatuaren eskumen eskusibokoa dela, nahiz eta autonomia-erkidegoen betearaztea (eragiketa mekaniko edo automatiko hutsa, hau da, *ius novum* sortzea ekarri ezin duena) egokia izan daitekeen, berariaz adierazten duen bezala¹². Epai hori Kataluniako Auzitegi Nagusi-

¹¹ EAOren 311. zk., 1978ko abenduaren 29koa.

¹² KAE 36/1991, uztailearen 18koa.

ko Lan Arloko Salak planteatutako konstituzio kontraktotasun-arazo baten ondorioz ebatzi zen, neurri fiskal, finantzario eta administratiboei eta turismo-establezimenduetako egonaldien gaineko zerga sortzeari buruzko prozesuan. Bada, 149.1.7 artikulua urratzen omen zuen ebazpenak KAE-ren arabera. Hain justu, Kataluniako Osasun Institutuko lan- kontratuko langileen nahitaezko jubilazioa 65 urterekin ezartzean, Kataluniako legeak LELTB-an aurreikusi gabeko lan-kontratua amaitzeko kasu bat sortzen duela adierazten du, estatuak lan-legeriaren arloan duen eskumena inbadituz¹³.

1978ko Espainiako Konstituzioak lan-errealitateari, sindikatzekeo eskubideari eta gizarte-prestazioei ematen zaien garrantziak agerian uzten du arlo horren gizarte- esangura antolamendu juridikoaren oinarrian bertan. Nabarmena da gure bizitzak antolatzeko oinarriak ezartzen dituen arauketa konstituzionala xedatzean konstituziogileak lan-arloari emandako garrantzia¹⁴.

Alabaina, XXI. mendearen lehen bi hamarkadek berretsi besterik ez digute egin XX. mendearen garapenak jada agerian utzi zuena; hain zuzen ere, nazioz gairik gizarte- antolaketa ekonomikoak gure bizitzetan eragin zuzena duela. LANEren eraketa-itunaren hitzaurreak ez zuen hurrena alferrik adierazi 1919an «edozein naziok ez balu benetan gizatiarra den lan-erregimen bat hartzen, ez-egite hori oztopo izango litzatekeela beren herrialdeetan langileen egoera hobetu nahi duten beste nazio batzuen ahaleginetarako». Jadanik globalizazioaren norantzan zebilen mundu honetako herrien arteko elkar eraginak XX. mende hasieran aurreikusiak zituen LANEk ordurako. Europar Batasuneko eta Nazioarteko Zuzenbideak mugarriak utzi dizkigu bilakaera horren adierazle, giza

¹³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. (2020, 234. or.).

¹⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F. (2019, 21-22 or.).

beharretara eta gertaera historikoetara moldatuz¹⁵. Beraz, Euskal Lurralde Historikoetan garatzen diren lan-harremanak ez daude soilik espainiar antolamenduaren menpe. Horiek nazioarteko merkatuaren baitan eta bere agenteen elkar-eraginean ulertu behar dira.

Edonola ere, globalizazioa eta nazioarteko elkar-lehia bezalako prozesuen ondoriozko faktore ekonomikoez gaindi, nazioarteko zuzenbide publikoko erakundeek, lan-harremanen eta negoziazio kolektiboaren ereduak bateratzea eragin dute. Horrela, Lanaren Nazioarteko Erakundeak eta Europako Kontseiluak ordezkatutako nazioarteko planorik globalenetik, Europako Batasuneko kide izatearen ondoriozko plano eskualdekoenera arte, LANeren Hitzarmenak, Europar Batasuneko Hitzarmenak berresteak eta bere zuzentzarauen transposizioak ereduaren nahitaezko konbergentzia eragin dute, intentsitate ezberdinetan bada ere¹⁶.

2.2.Hitzarmen kolektiboen iturriak, izaera eta ezaugarriak

Espainiako Konstituzioak 37.1 artikuluan arautu du negoziazio kolektiboa. Xedapen horrek jasotzen duenez, «legeak lan-negoiziako kolektiborako eskubidea bermatuko du enpresaburu eta langileen ordezkarier artean, baita hitzarmenen indar loteslea ere»¹⁷. Hortaz, agerikoa da, bere kokalekua aintzatetsita, ez dela oinarrizko eskubidetzat arautu. Alabaina, Sindikatu Askatasunari buruzko abuztuaren 2ko 11/1985 Lege Organikoak¹⁸ lehen artikuluan sindikatu-askatasunaren adierazpentzat jo du negoziazio kolektiboa. Modu horretan, zeharka bada ere, Espainiako Konstituzioak 28. artikuluan oinarrizko eskubideen kokapenez xedatzen duen

¹⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2016, 356. or.).

¹⁶ LAN, MIGRAZIO ETA GIZARTE SEGURANTZA MINISTERIOA. (2019, 20. or.).

¹⁷ EAOren 311. zk., 1978ko abenduaren 29koa. ÑONES INFANTE, S. (2018, 134. or.).

¹⁸ EAOren 189. Zk. 1985ko abuztuaren 8koa.

sindikatu-askatasunaren estaldura lortzen du negoziazio kolektiboak¹⁹. Edonola ere, Konstituzio Auzitegiak behin eta berriz adierazi du negoziazio kolektiboaren babes hori, eta, ondorioz, Konstituzio Auzitegian babes-errekurtso bidez negoziazio kolektiborako eskubidearen urratzeak prozesatu daitezke²⁰.

Negoiazio kolektiboaren eta hitzarmen kolektiboen arauketa, ordea, lege arruntean arautu beharreko edukia da, LELTBren 4. artikuluan eta III. Tituluan biltzen delarik. Bertan arauturik daude, besteak beste, negoziazio kolektiboaren lan-eskubide izaera (4. art.), hitzarmen kolektiboaren izaera (82. art.), edukia (85. art.) eta indarraldia (86. art.), hitzarmen kolektiboak negoziatzeko legitimazioa (87. art.), negoziazio-batzordeak (87.5. art.) eta prozedura (89-90. art.), haiei atxikitzea eta hedatzea (92. art.)...²¹. Lan honen objektuari dagokionean, aldiz, LELTBren 83 eta 84. artikuluetan jarri da arreta, hitzarmen kolektiboen negoziazio-unitateetan eta hitzarmen kolektiboen pilaketan alegia.

Bide horretatik, negoziazio-unitateei beha, esparru funtzionalak, lurralde esparruak eta subjektuen esparruak osatzen dituzte negoziazio kolektiboaren markoak. Esparru funtzionalak hitzarmenak ukitzen dituen ekoizpen-unitateak zehazten ditu, hala nola, lantokia, enpresa, enpresa-taldea, azpisektorea, sektorea... Lurralde-esparrua, berriz, toki-mailako eragina, probintzia-maila bateko edo batzuetako eragina, erkidego-maila bateko edo batzuetako eragina eta estatu mailako eragina zehazteko izango da. Subjektu- esparruak, aldiz, hitzarmenak ukitutako langile zehatzak definituko ditu, aldi baterako, jarraitutasunik gabeko edo lanaldi partzialeko langileak kasu. Aitzitik, gehienetan, esparru eta lurraldeko langile guztiei aplikatuko zaie, bereizkeriaren ondoriozko deusez-

¹⁹ QUIÑONES INFANTE, S. (2018, 134. or.).

²⁰ Ekainaren 2ko 103/2004 KAE.

²¹ EAOren 255. zk., 2015eko urriaren 24koa.

tasuna ekiditeko²².

Halaber, hitzarmen kolektiboan pilaketa-egoerak ebazteko gatazka-arauak 84. artikulua arautu ditu, egun negoziazio kolektiboarengan lan-erreformek izan duten eragina aztertzean ikusiko den bezala. Hain zuzen ere, negoziazio unitateei eta hitzarmen kolektiboan pilaketa arauak dagozkien xedapenak aldatzea izango da lan honen helburua. Ildo berean, arestian aipatutako arauetatik ondoriozta daiteke legearekiko osagarritasuna eragin dezakeela hitzarmen kolektiboan artikulatzeak. Egin-eginean ere, horrek hobe dezake legegileak gai kuantifikagarri bartzuetan (alokairua eta lan-denbora, eskuarki) ezartzen dituen gutxieneko babes-arautze atalaseak. Horixe da, hain zuzen ere,

Auzitegi Nazionalak azaroaren 29ko 140/2019 Epaian darabilen araudia²³.

Hitzarmen kolektiboak, nolahi ere, legearen aurkakoa ez den edozein arauak ezar edo onar dezake; izan ere, *secundum legem* jarduteaz gain, *praeter legem* ere egin dezake. Are gehiago, *contra legem* ere jardun dezake, zenbait baldintza betez gero, arauak langileari mesede orokorra egingo balio. Bestela esanda, alde aurretik ukitu edo lege arautu gabeko gai edo lur birjinez arduratzen bada²⁴.

Berebat, Espainian, legeak *erga omnes* eraginkortasun-baldintza batzuk betetzeko eginkizuna ematen dio hitzarmen kolektiboari, eta horrek enpresaburu eta negoziazio-esparruko adar profesionaleko edo sektore ekonomikoko langile guztiei eragiten die, hitzarmena ituntzen duten erakundeetan afiliatuta egon ala ez. Beraz, LETBren III. Tituluko arauak jarraituz negoziatzen diren hitzarmenek, berez eta inolako ad-

²² ARRIETA IDIAKEZ, F. (2019, 21-22 or.).

²³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. (2020, 234. or.).

²⁴ Urtarrilaren 20ko 4/2020 ANE.

ministrazio- egintzaren beharrik gabe, argitalpenarekin soilik, *erga omnes* eraginkortasun orokorreko hitzarmenen izaera hartzen dute. Eragin hori izango dute negoziazio-esparruan kokatutako langile eta enpresaburu guztien aurrean, bertan ordezkatuta egon diren ala ez kontuan hartu gabe. Ondore horietarako, langileen sindikatuen bidezko zeharkako ordezkatzeari aurrekusten da, ordezkagarritasun handienaren irizpidearen bidez, LELTBan eta Sindikatu Askatasunaren 11/1985 Lege Organikoan aurreikusita dagoen bezala.

Horrela, alderdiek, LELTBren III. Tituluko arauak bete dituztenean, edo gutxienez arau horiei jarraitzen dietela uste izan dutenean, lan-agingintzari jakinarazten diote ados daudela. Hark argitaratu egin behar ditu hitzarmenok, aipatutako baldintzak betetzen ez dituela uste izan ala ez; betetzen ez dituela uste izanez gero, erregistroan idatzohar bat egingo du, eta auzitegietan aurkaratu beharko du. Honetan datza, funtsean, *ex ante* sistemak; administrazioari eta gizarteari eraginkortasun orokorreko hitzarmen kolektibo bat ezartzen zaie, botere publikoak hasieratik onartu behar duelarik, baina geroago aurkaratzeko aukera baztertu gabe.

Horiek horrela, deigarria da akordioan parte hartzen ez duten, baina akordioaren eraginpean dauden langile eta enpresaburuek ez dutela alegazioak aurkezteko edo hitzarmena bide judizialean aurkaratzeko aukerarik. Hain justu ere, ondore horietarako ez dira hirugarrentzat hartzen, hots, ondorio guztietarako hitzarmen horretan ordezkatutako subjektutzat hartzen dira²⁵.

2.3. Hitzarmen kolektiboen bilakaera lan-erreformen ikuspegitik

Azken urteotako lan-erreformek hitzarmen kolektiboen arauketan

²⁵ DUQUE GONZÁLEZ, M. (2021,14-43. or.).

izan duten eragina aztertzearen bidez; batetik, arauketaren bilakaera zein izan den argitu nahi da, eta, bestetik, bilakaera horrek eragin dituen ondorio juridikoei erreparatu nahi zaie.

Azken hamarkadetan, negoziazio kolektiboaren arloan antolamendu juridiko europarretan egin diren erreformek bat egin dute krisi ekonomikoaren garai gorabeheratsuarekin. Egoera horri politika publikoen hainbat neurriren bidez erantzun zaio, besteak beste, negoziazio kolektiboaren esparrua arautzen duen araudia aldatuz. Neurriok nabarmenak eta ezagunagoak izan dira Europar Batasuneko herrialde periferikoetan, hain zuzen ere, krisiaren eragin negatiboak gehien jasan dituzten estatuetan. Horregatik, koiuntura ekonomikoari loturiko aldaketa bezala ulertu dira berrikuntza horiek, krisi ekonomiko horri aurre egiteko mekanismotzat azaltzen baitzaizkigu. Gainera, Europako gainerako herrialdeetan negoziazio kolektiboaren erreformak oso urriak izan dira, existitu direnean, asko nabarmentzera heldu gabe.

Aitzitik, aipatutako erreformek krisi ekonomikoekiko duten berehalako lotura erreala izanda ere, erreformok arrazoi sakonagoei emandako erantzunak direla ere uler daiteke testuinguruari erreparatuta. Dirudienez, krisi egoerak gainditzeak ez du egiturazko aldaketa hauen desagertzea suposatuko, adierazpen koiuntural soila direnaren hipotesia ezeztatuz. Zentzu horretan, agerikoa da erreforma horiek askoz ere lotura sendoagoa dutela negoziazio kolektiboaren testuinguru ekonomiko eta sozial orokorrean gertatzen ari diren aldaketa kualitatiboekin, eta, beraz, proiektzio iraunkorragoa dutela denboran; azken batean, funtsean egiturazko aldaketak dira, eta dagozkien negoziazio kolektiboko ereductan dute eragina²⁶.

Historiari erreparatuz, gogoratu beharra dago negoziazio kolektiboa, klandestinitatean ez ezik, agintari publikoen onarpen goiztiarrarekin ere sortu eta garatzen hasi zela bere hastapenetan. Hain zuzen, hasieratik es-

²⁶ LAN, MIGRAZIO ETA GIZARTE SEGURANTZA MINISTERIOA. (2019, 21. or.).

ku-hartzearen alde egin zuten estatuek lan- harremanetatik sortzen ziren gatazkak bideratzeko. Haatik, GALLART FOLCHEk agerian utzi zuen negoziazio kolektiboaren lehen urrats horiek porrot egin zutela, bere esanetan, «bai sindikatuen diziplinarik ezagatik, bai sindikatuen jarrera erradikalegiengatik». Egoera horren aurrean, XX. mendeko laurogeita hamarreko hamarkadan negoziazio kolektiboak zuen garrantzia handitu egin zen, lan-malgutasuna handitzeko intentzio politiko argia erakutsiz. Horrek ekarri zuen, besteak beste, Lyon- Caen autoreak, Espainiako lan-zuzenbidea aztertzerakoan, berau «Zuzenbide neoliberal» gisa kalifikatu izana²⁷.

Bide horretan, legegileak 1980ko martxoaren 10ean 8/1980 Legea xedatu zuen, LELTB ezartzen zuena, lan-harreman modernoan mugarri. Hastapenetan, negoziazio kolektiboaren egituraren diseinua lanbide-akordio bidez zehatzea ezartzen zen legean, lurralde- zein estatu-mailako ordezkariak handieneko sindikatuen eten enpresaburuen erakundeen esku utziz. Orokorrean, deszentralizatutako negoziazio kolektiboa izan zela esan daiteke, sektoreetako hitzarmen kolektiboak eta enpresa hitzarmenak gailentzeari esker. Preseski, deszentralizazio horrek eragin zuen negoziazio-unitate ezberdinen arteko harmonizaziorik eza eta artikulazio falta. Arazoaren aurrean, legelariak sektore ezberdinetako hitzarmenen pilaketa debekatzearekin erantzun zuen, *prior in tempore potior in iure* printzipioaren aplikazioaren haritik irizpide kronologikoa izan zelarik hitzarmenen arteko ezarpen-gatazka ebazteko tresna²⁸.

Aurrerago, 1992. urteko lan-erreformak ez zuen aldaketarik ekarri hitzarmen kolektiboaren esparrura. Gerora, 1994ko erreforma etorri zen (maiatzaren 19ko 11/94 Legea²⁹) eta, negoziazio kolektiboaren kasuan

²⁷ VALDES DAL-RE, F. (1996, 51. or.).

²⁸ LAN, MIGRAZIO ETA GIZARTE SEGURANTZA MINISTERIOA. (2015, 105. or.).

²⁹ EAOren 122. zk., 1994ko maiatzaren 23koa.

2011ko erreformen (ekainaren 10eko 7/11 LED³⁰) eta 2012ko erreformen (otsailaren 10eko 3/12 LED³¹) aurrekaritzat hartzen dena. Erreforma horren ondorioz, arauketa hau sortu zenetik lehen aldiz, arauketaren zati nabarmen bat aldatu zen, baita negoziazio kolektiboaren ezaugarriei zegokienean ere³².

Hortaz, maiatzaren 19ko 11/1994 Legearen bidez egindako 1994ko lan-erreformaren bitartez bi paragrafo berri gehitu zitzaizkion 84. artikuluari, ordura arte manu horretan eta artikuluan araututakoa mugatzeko xedearekin. Aldaketa horren filosofia enpresa-esparruan negoziazio kolektiborako eskubidea babestea izan zen, goragoko negoziazio-esparruei begira. Horretarako, oinarrizko gaiez osatutako gune bat erreserbatzen zitzaion estatuko eta autonomia-erkidegoko ordezkaritza handieneko sindikatuak eta patronalek hitzartutakoari eta aurreko esparruko hitzarmen batean hitzartutakoari kalterik egin gabe. Azken batean, negoziazio kolektiboa egituratzeko botereei nolabaiteko muga bat jartzea zen erreformaren funtsa. Bai gizarte-eragileek legegilearen onarpenagatik zituzten ahalmenei zegokienez, baina baita ordura arteko lege hutsu-neak saihesteko erabiltzen ziren bideei zegokienean ere³³. Horrez gain, zenbait lege-aldaketaren ondorioz, hainbat eskumen-banaketa arautu ziren negoziazio-unitateen arloan. Baita hitzarmenen pilaketa printzipio orokorra aldatu ere, lehentasun-arau jakin batzuk ezarriz. Edonola ere, 1994ko erreformaren ondorio garrantzitsuenetakoa probintzia-mailako hitzarmenei ezarri zitzaizen lehentasuna izan zen, EAJk bere aldeko botoa emateko negoziazio-politikoetan jarri zuen baldintza, hain zuzen ere³⁴.

³⁰ EAOren 139. zk., 2011ko ekainaren 11koa.

³¹ EAOren 36. zk., 2012ko otsailaren 11koa.

³² ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (2013, 4. or.).

³³ DÍAZ DE RABALGO VILLAR, M. (2005, zenbakitu gabeko euskarri digitala).

³⁴ LAN, MIGRAZIO ETA GIZARTE SEGURANTZA MINISTERIOA. (2015, 12.or.).

1997 eta 2001. urteko lan erreformetan ez zen negoziazio kolektiboaren arloan aldaketa esanguratsurik eman. 2006ko abenduaren 29ko 43/2006 Legean³⁵, ordea, lanpostu berean aritzeko zenbait langilerekin egindako kontratuen gehiegizko erabilera kasuak saihesteko baldintzak ezartzeko funtzioa eman zitzaion negoziazio kolektiboari. Alabaina, 2008an etorri zen, 29ko crack-az geroztik izan den finantza-eztanda okerrenetik lau urtera, Espainian azken hamarkadetan egindako lan-erreforma esanguratsuen, krisi- garaiaren beharrei egokitu asmoz, lan-baldintzen prekarizazio orokorra eragin zuena³⁶.

2011n lan-erreformak negoziazio kolektiboan egindako moldaketek aldaketa handiak ekarri zituen Euskal Lurralde Historikoetako lan-harremanen errealitatera. Estatuko eta Autonomia Erkidegoetako hitzarmenen lehentasuna ezarri eta hitzarmenen aurreraeragina mugatu zuen erreforma horrek, besteak beste. Modu horretan, langileek ordu arteko lan-baldintzei eusteko zituzten bermeak ezabatu ziren, bertako langileei begira hitzarmenen estaldura-tasak behera egin duelarik ordutik. Erreforma horren ondorioz, estatuko hitzarmenek garrantzia hartu dute azken urteetan hitzarmen guztien %21 izatetik %27ra igoz, estatalizazioak euskal langileen bizi- eta lan-baldintzen okertzean eragin duelarik. Hitzarmenen babesa generoaren arabera aztertuz berriz, emakumeak oraindik hitzarmen baten babesa duten langileen gutxiengoa dira, eta beraz, arauketa honen aurrean kaltetuenak³⁷.

2012ko lan-erreformaren egileen helburu nagusia lan-malgutasuna handitzea izan zen, egoera ekonomikoarekiko egokitzapena bide horretatik egin zedin. Kaleratzeen edo alokairu beherapenen alternatibatzat arazoitu zen lan-malgutasun handiagoa lortzeko helburuak negoziazio

³⁵ EAOren 58. zk., 1977ko martxoaren 9koa.

³⁶ LAGO PEÑAS, J.M. (2013, 18. or.).

³⁷ Ikusi: VIII. Eranskina, 2. Grafikoak, 1. Grafikoa.

kolektiboan aldaketak zekartzan inplizituki, arauketa enpresen errealitatera gehiago hurbilduz³⁸. Esan daiteke, beraz, negoziazio kolektiboko sistema progresibo desmuntatzeko erreforma handienetako bat izan zela. Are gehiago, haren funtsezko ezaugarrietako batzuez gabetzea dakar erreforma honek, hitzarmen kolektiboen arteko pilaketa-egoeren arauketan egindako aldaketak direla medio³⁹.

Hitzarmenak aplikatzeko lehentasunari dagokionean, 2012ko erreformak egindako beste berrikuntzetako bat hitzarmenen pilaketari buruzkoa izan zen. Aldatu egin zen LETBren 84.2 artikulua eta lehentasuna eman zitzaion enpresa-hitzarmenari, gai zehatz batzuetan, besteak beste, alokairuari dagokionez, baldintza horiek arautzeko aukera emanez goragoko esparruko hitzarmenaren indarraldiko edozein unetan. Edonola ere, lan erreforma burutzen duen abenduaren 28ko 32/2021 LED alokairu-gaiak zerrendatik kanpo utzi ditu. Horrela, alokairuari buruzko beheranzko hitzarmenak saihestu nahi dira, berriz ere ziurtatuz sektoreko hitzarmenak alokairu-zoru bat ezartzen duela, eta soilik enpresa-hitzarmenaren bidez hobetu ahal izango dela. LAGO PEÑAREN iritziz, 2012ko lan-erreforma porrot handia izan zen egungo lan-harremanen sistemaren egiturazko arazoak konpontzeari dagokionez⁴⁰. Bide batez, hitzarmen kolektiboen pilaketaren arlora erreforma horrek ekarri zituen aldaketa eztabaidagarrien isla da 2016ko irailaren 28an Auzitegi Nazionalak ELARI erantzunez emandako 148/2016 ebazpena⁴¹.

Hitzarmen kolektiboen aurreraeraginarri dagokionez berriz, 2012ko erreformaren punturik garrantzitsuenetako bat arlo honetan egindako aldaketak izan ziren, urtebetera mugatu zelarik bere eragina. Hitzarmena

³⁸ ESADE (2021, 8. or.).

³⁹ RAMOS QUINTANA, M. I. eta besteak (2013, 46. or.).

⁴⁰ LAGO PEÑAS, J.M. (2013, 17.or.).

⁴¹ Irailaren 28ko 148/2016 ANE.

salatzen denetik urtebete igarotakoan, beste hitzarmen bat adosten ez bada, baina goragoko mailako bat badago, azken horretan xedatutakoaren arabera arautuko dira lan-baldintzak. Halaber, goragoko esparruko hitzarmenik ez badago, jurisprudenziak diotenaren arabera, ezarritako lan-baldintzak indargabetu egingo dira, kontratuan zehaztutakoak aplikatuz. Baina azken interpretazio horrek, gauzatzeko orduan konplexua izateaz gain, ezin izan die arazo praktiko batzuei erantzun, hala nola, zer gertatzen ote den gerora kontratatutako langileekin.

Amaitzeko, azken lan-erreformaren harira, negozioazio kolektiboaren arloan bi aldaketa garrantzitsu gertatu dira. Lehenengoa, alokairu-arloko sektoreko hitzarmen gailentzearena (LELTBren 84.2 art.), eta hori langileentzat ez ezik, enpresentzat ere mesedegarria da, funtsean enpresen artean lehia desleiala egotea mugatzen baitu. Bigarrena, hitzarmen kolektiboaren aurreraeragin osoa berreskuratzea, urtebete igaro denean akordiorik gabe salatu zenetik (LELTBko 86. art.), beste zerbait itundu ez den kasuetan⁴².

Era honetara labur daitezke azken erreformak hitzarmen kolektiboaren arlora ekarri dituen aldaketak⁴³:

1. Aurreraeragite-araubidea berrikusten da: hitzarmena salatzen denetik urtebete igarotakoan, itunik ez badago, indarrean jarraituko du.
2. Irtenbide-mekanismoak erabiltzea sustatzen da: bitartekotza eta arbitrajea.
3. Enpresa-hitzarmenaren aplikazio-lehentasunetik kanpo uzten da alokairu-arloa. Eta, azkenik, kontraten eta azpikontraten araubidea berrikusten da, enpresa kontratistei eta azpi-kontratistei aplikatu beharreko hitzarmen kolektiboa kontrataren edo azpikontrataren jarduera-sektorekoa izan dadin ahalbidetuz.

⁴² ARANZADI (2022, 95. or.).

⁴³ *Ibidem*, 24. or.

Hortaz, 2021ko lan-erreformaren bidez, politikagintzan 2012ko eraldaketa indargabetzeaz askok hitza eman arren, bi aldaketa baino ez dira eman negoziazio kolektiboaren arloan. LELTBren 84 eta 86. artikuluari dagozkienak, baina garrantzi eta esangura handikoak, lehena soilik negoziazio kolektiboari dagokiona.

III. AZTERKETA

3.1. Euskal Lurralde Historikoetako lan-harremanen errealitatea eta sindikalgintza

Euskal Lurralde Historikoetan, unean uneko osaera instituzionala edozein izanda, historiaren bilakaerak agerian utzi du, besteak beste, lan-harremanen ereduari, bere erara bizi den eta ezaugarri propioak dituen gizarte-egitura bat⁴⁴.

UNANUE LETAMENDIk dioenez, gerra karlisten ondorengo industrializazio- prozesuarekin hasi ziren lan-harremanak euskal lurraldeetan, pixkanaka-pixkanaka XX. mendeko lehen hiru hamarkadetako konbultsio-agertokian gorputza hartuz joan zirelarik. Haatik, berrogei urteko diktaduran lozorroan egon eta trantsizio politikaren ondorioz, azken hogeita bost urteotan jarraikortasunik gabeko garapen bat izan dute XXI mende hasierara erronka eta ziurgabetasunez beterik iritsiz. Jarduera-arlo guztiei eragiten dieten desafioak eta zalantzak dira horiek, baita mugimendu sindikalari eta lan-harremanei ere⁴⁵.

Gaur gaurkoz, 1978ko Espainiako Konstituzioak lan arloa arautzeko eskumen eskusiboa aitortzen dio estatuari 149.1.7. artikuluan, «autono-

⁴⁴ UNANUE LETAMENDI, J. M. (2002, I., II. eta III. Kapitulua).

⁴⁵ *Ibidem*, 299. or.

mia-erkidegoetako organoek betearaztea eragotzi gabe». Era horretan, Euskal Autonomia Estatutuak⁴⁶ 12. artikuluan biltzen du bere eskumena, «lanari buruzko legegintza, lan harremanei dagozkienetan Estatuak gaur egun dituen ahalmen eta konpetentziak bere gain hartuz, bai eta, Estatuaren goi inspektzioarekin batera, lanari buruzko legeak betearazteko haren zerbitzuak eratu, zuzendu eta babesteko ahalmena ere, langileen kualifikazioa eta hezkuntza osoa bultza daitezen lan-baldintzak gizartearen aurrerabide eta aitzinamenduari egokitzen saiatuz» jardutea bere egiten duela adieraziz.

Hari horri tiraka, KAIERO URIAREN esanetan, 1999rako Euskal Lurralde Historikoetan gehiengo zabal batek «lan-harremanen autonomia aldarrikatzearen funtsezko arrazoia sindikalismo propioa izatea» zen, bide batez, sektore horren «autogobernu-borondatearen adierazpentzat hartu daitekeena»⁴⁷. Gaur-gaurkoz, borondate horrek horretan dirauela baieztatu daiteke euskal sindikatuen afiliazioari, sindikatu-jarduerari eta jarrera politikoei erreparatuz gero⁴⁸.

Hain zuzen ere, ELA eta LABen jarrera eta adierazpenak Euskal Lurralde Historikoetako gehiengo sozial zabal baten borondatearen ispi-lutzat har daitezke dagozkien afiliazio-datuei eta atxikimendu sozialaren adierazleei begiratuta⁴⁹. Gauzak horrela, lan honen bidez planteatzen den lan-erreforma beharra sindikatuokin kontrastatzeko elkarrizketak burutu dira proposamena biribildu aurretik. Elkarrizketotan ikus daitekeenez, ELAk zein LABek zalantzarik gabe baieztatzen dute arauketa gure lurraldeetako beharrei erantzun ahal izateko egokitzearen ezinbestekotasuna⁵⁰.

⁴⁶ EAOren 306. zk., 1979/12/22koa.

⁴⁷ KAIERO URIA, A. (1999, 91. or.).

⁴⁸ LAB (2021, 1-23 or.).

⁴⁹ Ikusi 5. Grafikoa (Taula) eranskinean.

⁵⁰ Ikusi:VIII. Eranskina, 1. Elkarrizketak sindikatuei, i. LAB, ii. ELA.

Era berean, eta Espainiako Konstituzioan bertan sindikatuen kontra-alderditzat arautu diren enpresaburuen elkarteen aldetik, CONFEBASK ere probintzia- eta erkidego- mailako negoziazio kolektiborako esparruan lortutako hitzarmenen aplikagarritasuna bermatuko duen arauketa baten beharra ikusten du. Gainera, erreforma hori aurrera ateratzeko bide juridiko adostuak egon daitezkeela defendatzen du, Madriletik estatu- ikuspegiarekin gauzatu nahi diren erreformei trabarik egin ez eta arauketa hori osatzeko moduan⁵¹.

Egin-eginean ere, Ipar-hegoa fundazioak egindako 2021eko «Ikusmiran» ikerketan, «oraindik 2011ko erreformak negoziazio kolektiboari emaniko astinduaren ondorioak jasaten» ari garela ondorioztatzen da. Hitzarmenen-babesa zuten langile-kopurua langileen %86 izatetik %62ra igaro zen 2013tik 2017ra. Aitzitik, hitzarmenen babesaren berreskurape-na eman da 2021ean %72ra iritsi arte. Hitzarmen kolektiboek langileei emandako estaldurak behera egin zuenetik, greba zein gatazka kolektiboek gora egin eta galdua zen hitzarmen kolektiboen babesak pixkanaka berreskuratzeko joera hartu du borroka sindikalaren ondorioz⁵², nahiz eta 2011 aurreko datuetara ez iritsi. Beraz, euskal sindikalgintzaren jarduera eta euskal langileen lan-baldintzak babestea eskutik doazela ondorioztatzen da azterketa horren arabera⁵³.

2015ean deitu ziren greba-kopurua azken urteetako baxuena izan ondoren, hurrengo urteetan greba-kopurua nabarmen igo zen, 2019a izanik lan-gatazka gehien zenbatu ziren urtea. Babes horrek, ordea, ez die langile guztiei modu homogeneoan eragin. Lan- baldintzak hobetu dituen langile-kolektiboa antolatzeke gaitasun handiagoa duen hori izan da. Langile kolektibo zaurgarrienen egoerak, aldiz, okerrera egiten jarraitu du.

⁵¹ Ikusi:VIII. Eranskina, 1. Elkarrizketak sindikatuei, iii. Confebask.

⁵² Ikusi:VIII. Eranskina, 2. Grafikoak, 2. eta 3. Grafikoak.

⁵³ LAB (2021, 16. or.).

Hitzarmenen estaldura zabaltzeak ekarritako hobekuntza hori aztertzeke modu bat, alokairuen bilakaera da, eta horrekin, alokairuek izan duten eros-ahalmenaren hobekuntza edo galera. Bada, alokairuen eros-ahalmenak oso bilakaera desorekatua izan du. Azken hamar urteak kontuan harturik, alokairu-maila altuenak dituzten langileek soilik irabazi dute eros-ahalmena. Oso nabarmena izan da alokairu maila baxuenak dituztenek eta gazteek izan dutela eros-ahalmenaren galera handiena⁵⁴.

2022ko apirilean ELAk kalkulatu du 541.600 langile prekario daudela Euskal Lurralde Historikoetan, negoziazio kolektiboaren arauketak datu horietan eragin negatibo zuzena duela uste delarik. Hain zuzen, eranskinean atxikitako C. Grafikoak adierazten digu egoera horren berri. Testuinguru horretan, ELAri funtsezkoa iruditzen zaio «hitzarmen kolektiboek gutxienez aurreko ekitaldiko KPIaren baliokidea den alokairu-igoera bermatzea, Bizkaiko Elikaduraren Merkataritzan, Gipuzkoako Metalean edo lurralde bereko bide-garbiketari gertatzen ari den bezala»⁵⁵.

3.2. Negoziazio kolektiboaren arauketaren eragina euskal sindikalgintzan

Hitzarmen kolektiboen arauketak lan-erreformen eraginez jasan duen bilakaerak eragin zuzena izan du Euskal Lurralde Historikoetako lan-harremanetan garatzen diren lan-baldintzetan eta sindikalgintzan. Kontuan hartu beharreko egoera bat da Auzitegi Nazionalaren 2016ko irailaren 28ko Epaitik eratorritzen dena⁵⁶. Auzitegiak ELAk demandatzaile gisa planteatutako auzien aurka egiten du, kasu jakin baten aurkako erantzuna dena (Errestaurazio Kolektiboko Lan Sektorearen Estatuko I. Hitzarmen Kolektiboa), baina garrantzi handikoa duena auziaren norainokoa

⁵⁴ *Ibidem*, 5. or.

⁵⁵ ELA (2022, 12.or.).

⁵⁶ ARRIETA IDIAKEZ, J. (2016, zenbakitu gabeko euskarri digitala).

dela-eta. Hain zuzen, ELAren eskariari tiraka, kasu zehatzetik haratago, Espainiako negoziazio kolektiboaren egiturari buruzko egungo arau-esparrua zalantzan jartzen da ebazpenean.

Izan ere, ELAk bere auzi-eskean dioenez, egitura horrek sindikatu-askatasunerako eskubidea likidatzen du negoziazio kolektiborako alderdi funtzionalean, negoziazio- unitate autonomikoan edo probintzian negoziatzea galarazten baitu, estatuko negoziazio-unitatea neurritz kanpo erabiltzearen ondorioz. Are gehiago, negoziazio kolektiborako konstituzio-eskubidea lege arruntak modulatu edo mugatu dezakeen arren, sindikatuak arrazoitzen du era horretan ezin dela eskubidea inola ere hutsaldu edo hustu. Halaber, estatuko eta enpresako muturren arabera erradikalizatutako negoziazio-unitateen konfigurazioa arbuiazen du, uste baitu horrekin negoziazio-espazioak hustu egiten direla, autonomia-erkidegoen eta probintzien arteko negoziazio-unitateen kalterako.

Hala ere, epai honek negoziazio kolektiboaren egituraren legeztatuna berrestez gain, neurri handi batean, ELAri eta beste sindikatu batzuei egotzen die ELAk berak salatutako egoeraren errua. Lehenik eta behin, auziaren sektore zehatzean negoziazio kolektibo probintziala ahulduta egotea, beste sektore askotan gertatzen den bezala, hitzarmen gehienek indarra galdu eta negoziazio-mahairik ireki gabe egoteagatik dela dio ebazpenak. Gehitzen du egoera horrek segurtasun juridikorik eza eta kalte ekonomikoa dakarztekoa enpresei, epe luzera lehiakortasuna mantentzeko edo kontratuak egiteko zailtasunekin naiz langileen lan-baldintzak egokitzeko ezintasunarekin. Bigarrenik, beste sektore batzuetan bezala, hitzarmen autonomikoen tradizioz ez dagoela iradokitzen du. Eta, hirugarrenik, gonbidatuak izan arren, ELAk, LABek eta CIGek auziaren xede den kasu zehatzean aplikatzeko lanbide arteko akordio mistoaren negoziazioan parte hartu ez izana azpimarratzen du, ez eta estatu-mailako beste ezein lanbide arteko akordioen edo hitzarmen kolektiboren negoziazioan ere.

Hirugarren baieztapenari dagokionez, deigarria da Auzitegi Nazionalak egiten duen interpretazioa; izan ere, Sindikatu Askatasunari buruzko Lege Organikoaren 6.3.b eta 7.1 artikuluen eta LETBren 87.2.b artikuluen literalasuna behartuz, adierazten dute autonomia-erkidegoan ordezkari handiena duten sindikatuak lurralde-maila eta gainerako maila funtzional guztiak ordezkatzeko gaitasuna izango dutela negoziazio kolektiboarako. Bestela esanda, Auzitegi Nazionalak baztertu egiten du estatuko mailako negoziazio esparrua arrotza izatea ordezkari handieneko sindikatu autonomikoentzat, esparru horretan parte hartzeko eskubidea aitortzen baitie estatu-mailan ordezkari handiena duten sindikatuarekin berdintasunean. Azkenik, baieztapen horiek eta LETBk negoziazio kolektiboaren egiturari buruz emandako aginduek CONFEBASK eta ELA, LAB, CC.OO. eta UGTren jarduna baldintzatzen duela uste du ARRIETA IDIAKEZEK.

Testuinguru horretan itundu zuten, 2017ko otsailaren 2an, negoziazio kolektiboaren egiturari dagokion lanbide arteko akordioa⁵⁷ CONFEBASK eta ELA, LAB, CC.OO. eta UGT sindikatuen ordezkariak, LETBren 83. artikuluan eta hurrengoetan xedatutako eskakizunekin bat etorriz. 2011 eta 2012ko erreformak, probintzia mailako negoziazio kolektiboaren bilakaera eta jurisprudentziaren interpretazioa itun horren aurrekaritzat har daitezke nolabait. Era horretan, erkidego-mailako indar sindikalen helburua litzateke, LETBren 83.2 artikuluen hitzez-hitzezkotasunari tiraka, bertako negoziazio kolektiboaren egitura estatu-mailako negoziazio-unitateen araberako hitzarmenen menpe geratu dadin ekiditea.

Nolanahi ere, legearen hitzez-hitzezkotasunak eta jurisprudentziaren interpretazioen norantzak zalantzazko egoera bat sortzen dute erkidego-mailako lanbide arteko itunak gaitasun juridiko horiek izan ditzan lege-iturririk existitzen den baieztatzeko. Horrela, ziurgabetasun horrek,

⁵⁷ EHAAREN 44. zk., 2017ko martxoaren 3a.

lanbide akordioaren sinatzaileen artean desadostasunak sorrarazi ditu, gaur gaurkoz, aplikatu gabe egonik, prozedimendu judizialean amaitu eta indargabetuko duten beldurrez. Hain zuzen, horrela adierazi zuen Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko lan arloko aretoko presidente den Garbiñe Biurrunek 2022ko otsailaren 12an eskainitako elkarrizketa batean, azken lan-erreformaren eraginez mintzatzen zelarik⁵⁸. Edonola ere, aipatzekoa da zentzu honetan Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren jurisprudentziak mantentzen duen isiltasuna.

Bien bitartean, estatu-mailako negoziazio esparruak erkidego-mailako negoziazio- unitateak sortzea ekiditen du. Era berean, existitzen diren negoziazio unitateetan hainbat materia zehatzen gain itunak egiteko aukera ukatzen dute, materia horien gaineko eskusibitatea gordez estatu mailako negoziaketa esparrurako. Balio bezate adibidetzat metalaren sektoreko industriaren, teknologia berrien eta zerbitzuen estatuko IV. Hitzarmen Kolektiboak⁵⁹, 2023ko abenduaren 31 arte indarrean dagoenak, 2020 eta 2021 urteetarako zaharberritze kolektiboko lan-sektoreko estatuko Hitzarmen Kolektiboak⁶⁰ eta 2017ko irailaren 21eko eraikuntza sektoreko Hitzarmen Kolektibo orokorrak, besteak beste⁶¹.

Hain zuzen, Konstituzio Auzitegiak adierazi du, hitzarmen kolektiboen pilaketaren aurrean egonda, pilaketa debekua amaituko dela baldin eta lehendik zegoen hitzarmena indargabetzen bada, naiz eta aurreraeragitean sartu. Ulerkera honek «hitzarmen kolektibo bat indarrean dagoen bitartean, ezin izango du eragin beste eremu bateko hitzarmenetan xedatutakoa» xedapena mugatzen du. Era horretan, LELTBren 84. artikulua hitzarmenena burutzean aurreikusitako indarraldiari edo alderdiek

⁵⁸ EUROPA PRESS (2022, zenbakitu gabeko euskarri digitala).

⁵⁹ EAO 10. zk. 2022ko urtarrilaren 12koa.

⁶⁰ EAO 115. zk., 2021eko maiatzaren 14koa.

⁶¹ EAO 232. zk., 2017ko irailaren 26koa.

berariaz luzatutakoari erreferentzia egiten diola ulertu behar da, baina ez indarraldi horren ondorengo aldiari, behin hitzarmenaren amaiera iragarrita, aurreraeragite indarraldian. Bide berean adierazi zen auzitegia, besteak beste, 1999ko urriaren 28ko 3441/98, 2000ko martxoaren 27ko 2497/99, 2001eko uztailaren 16ko 3953/00, 2002ko uztailaren 17ko 171/01 eta 2003ko maiatzaren 20ko 41/02 Epaietan⁶².

Horrela bada, bi hitzarmenek indarrean dira eta baliozkoak dira, baina aurrekoa soilik aplikatu daiteke bere eremu propioan, bere indarraldiak dirauen bitartean, berriak bere lekua hartzeko, hark hitzartutako indarraldia galtzen duenean Auzitegi Gorenak 2005eko abenduaren 21eko 45/2005 Epaian⁶³ adierazi bezala. Konkurrentzia-debekuaren ondorioa, beraz, ez da hitzarmen kolektibo berriaren deuseztasuna, aurrekoa indarrean dagoen bitartean hitzarmenaren aplikazio eza baizik.

Egoera hori da euskal sindikatuek salatzen dutena, haien negoziozko kolektiborako eskubidea edukiz hustu eta urratzen zaiela adierazten dutenean. Erkidego-mailako hitzarmen kolektiboek estatu-mailako baldintzak hobetzeko aukera onartzea izan da testuinguru horretan sindikatuetatik egindako eskaera orokortuenetako bat. ELA, LAB eta CONFEBASKeko kideekin egindako elkarrizketetan egiaztatu ahal izan denez, ukazina da negoziozko kolektiboak jasan duen bilakaeraren eraginez aldaketa nabarmenak eman direla panorama sozialean, bai lan-baldintzei dagokienean eta bai sindikatu eta enpresa eragileek gatazka sozialei heltzeko izandako jarreretan ere⁶⁴. Ez da arrazoi juridikorik falta, beraz, eduki juridiko ezberdineko lan-erreforma batek lan-baldintzen hobekuntza bat suposatu dezakeela baieztatzeko.

⁶² Urriaren 5eko 958/2021, KAE.

⁶³ Abenduaren 21eko 45/2005, AGE.

⁶⁴ Ikusi: VIII. Eranskina, 1. Elkarrizketak.

IV. PROPOSAMEN LEGEGILEA

4.1. Justifikazioa

Batetik, espainiar antolamendu juridikoan lan-harremanen arauketak izan duen bilakaera aztertuta, eta Euskal Lurralde Historikoetako lan-harremanen zein sindikalgintzaren ezaugarri bereizgarriak azaleratuta. Bestetik, azken lan-erreformek negoziazio kolektiboaren aukeretan eta, ondorioz, lan baldintzetan izandako eragina argituta. Agerian geratu da negoziazio kolektiboaren egungo aruketa motz geratzen dela Euskal Lurralde Historikoetako eragile politiko eta sindikal nagusiek euskal gizartean identifikatzen dituzten beharrak eta borondatea asetzeko orduan.

Euskal indar sindikal eta politiko nagusiek (EAJ, EH Bildu, ELA, LAB, STEILAS, ESK, ETXALDE, HIRU) aho batez defendatzen dute Lan Harremanen Euskal Esparrua, errealitate sozial eta ekonomiko horri erantzuteko baldintza objektibo hobeak dituen egitura sozial erreal bat bezala ulerturik. Espainiako Konstituzioaren lan-arloko eskumen-banaketak autonomia-erkidegoen ahalmenari ezartzen dion mugaz jakitun, esparru horretan berme guztiekin jardun ahal izateko eskaera azken hamarkadetan entzutetsua izan da euskal sindikalgintzan⁶⁵. Hain zuzen, euskal eragileek, haien berezko negoziazio-esparrutzat duten lurralde-mailako negoziazio kolektiboen bidez, estatu-mailako hitzarmenen bidez baino lan baldintza hobeak lortzeko aukera dagoela uste izan dute⁶⁶.

Hala ere, azken urteetako lan-erreformek negoziazio kolektiboaren estatalizazioa eragitearekin batera, erkidego eta probintzia mailan negoziazio esparruak irekitzea eta hainbat edukiren gaineko hitzarmenak lortzea zaildu dute, kasu askotan, hitzarmen kolektiboak gauzatzea ekidinez.

⁶⁵ KAIERO URÍA, A. (1999, 89-116. or.).

⁶⁶ LAB (2021, 5.-7. or.).

Horratik, erreforma horiek lan-baldintzetan atzerapausoak eragin, estatu-mailakoak ez diren negoziazio kolektiboen kaltetu eta lan- baldintzen prekarizazioa oinarritu dutela adierazi du azken urteetan Euskal Lurralde Historikoetako gehiengo sindikal eta politikoak⁶⁷.

Errealitate horri, partzialki bada ere, erantzun ahal izateko aukera bat da lan-erreforma proposamen hau. Hau da, Euskal Lurralde Historikoetako gehiengo sindikal eta politikoak, negoziazio kolektiboari dagokionez, lan harremanen euskal esparruaz duten ulerkera irtenbide juridiko zehatzen bidez bideragarri egitea, negoziazio kolektiboaren estatu-arauketa aldatuz. Zehatzago esanda, pilaketa-gatazkak ebazteko arauak estatu- mailakoak ez diren esparru eta negoziazio-unitateen hitzarmen jarduerak babesteko moduan arautzea. Era horretan, estatu-mailako negoziazio-unitateen jardunak ez dezan toki-, lurralde- edo erkidego-mailako negoziazio-esparrurik irekitzea oztopatu edo hitzarmenik negoziatzea debekatu.

4.2. Arauketa

Hitzarmen kolektiboen negoziazio-unitateak eta pilaketa xedatzen duten LETBren eta 84. artikulua Euskal Lurralde Historikoetako behar eta borondatera egokitzeko hau da lan honen bidez proposatzen den erreforma:

«83. artikulua. Negoziazio-unitateak

1. (Ez da aldatu)

2. Ordezkaritza handieneko sindikatuek eta enpresaburuen elkarteek, estatukoek edo, beren esparrurako lehentasunez, autonomia-erkidegoetakoek, negoziazio kolektiboaren egiturari buruzko klausulak ezarri ahal izango dituzte, lanbide arteko akordioen bidez, eta, hala badagokie, beste

⁶⁷ ELA (2022, zerbakitu gabeko euskarri digitala); EAJ (2022, zerbakitu gabeko euskarri digitala); LAB (2022, zerbakitu gabeko euskarri digitala).

esparru bateko hitzarmenen arteko lehia-gatazkak konpontzeko arauak finkatuko dituzte.

Autonomia-erkidegoetan aurreko ahalmena izango dute ordezkari-tzen %15 lortzen duten sindikatuek eta enpresen zein langileen %15eko ordezkari-tza lortzen duten enpresaburuen elkarteek.

3. (Ez da aldatu)

84. artikulua. Pilaketa

1. Hitzarmen kolektiboak, indarrean dagoen bitartean, ezin izango du eragin beste esparru bateko hitzarmenetan xedatutakoa, 83.2 artikuluan xedatutakoaren arabera negoziatutako kontrako itunik ezean, eta hurrengo paragrafoan aurreikusitakoa salbu.

2. Enpresa-hitzarmen batean edo lantokiko hitzarmen batean ezarritako baldintzen arauketak ezin izango du aplikatzekoak diren sektoreko hitzarmenetan baliatutako enplegu- eta lan-baldintzetan beharpenik eragin, eta sektoreko hitzarmenean aitortutako eskubideak izango dira gutxieneko araua, utziezinak eta, beraz, esparru txikiagoko hitzarmenetan xedaezinak.

Araurik mesedegarrienaren printzipioari jarraiki, edozein unetan negoziatu ahal izango dira honako gai hauek enpresako edo lantokiko hitzarmen kolektiboen bidez:

a) Oinarrizko alokairuaren eta alokairu-osagarrien zenbatekoa, enpresaren egoerari eta emaitzei lotutakoak barne.

b) Aparteko orduak eta txandakako lanaren ordainsari espezifikoa ordaintzea edo konpentsatzea.

c) Ordutegia eta lan-denboraren banaketa, txandakako lan-erregimena eta oporren urteko plangintza.

- d) Lanaldia.
- e) Langileen lanbide-sailkapeneko sistema enpresaren esparrura egokitzea.
- f) Lege honek enpresa-hitzarmenei esleitzen dizkien kontratazio-modalitateen alderdiak egokitzea.
- g) Lana, familia eta bizitza pertsonala uztartzeko neurriak.
- h) 83.2 artikuluan aipatu diren akordio eta hitzarmen kolektiboek xedatzen dituzten beste batzuk.

Enpresako edo lantokiko hitzarmen kolektiboan arautzen ez diren gaietan zuzenean aplikatuko da goragoko hurrengo esparruko indarreko sektoreko hitzarmena. Gai horietan tratamendu bera izango dute enpresa-talde baterako edo antolamendu- edo ekoizpen- arrazoiengatik lotutako enpresa-multzo baterako hitzarmen kolektiboek, 87.1 artikuluan aipatzen diren izendapenekin.

83.2 artikuluan aipatzen diren akordio eta hitzarmen kolektiboek ezin izango dute paragrafo honetan aurreikusitako aplikazio-lehentasuna izan.

3. Nolanahi ere, eta artikuluko honen 4. paragrafoan xedatutako gaien erreserbari kalterik egin gabe, 87 eta 88. artikuluetako legitimazio-balidintzak betetzen dituzten sindikatuak eta enpresaburuen elkarteak autonomia-erkidego baten barruan eta enpresarena baino esparru konbentzional handiagoan, estatu-mailakoetan xedatutakoari eragiten dioten akordioak edo hitzarmenak negoziatu ahal izango dituzte, betiere, erabaki horrek negoziazio-batzorde txostengilea eratzeko eskatzen diren gehiengoen babesa lortzen badu».

4.3. Lan-erreforma proposamenaren ondorio juridikoen azterketa

Lan-erreformarako proposamen gisa 83 eta 84. artikuluen inguruan jaso den idazkeraren ondorioei erreparatuko zaie jarraian.

Batetik, negoziazio-unitateei dagokienean, erkidegoetako ordezkari-tza handieneko sindikatuek eta enpresaburuen elkarteek negoziazio kolektiboaren egitura finkatu eta hitzarmenen arteko pilaketa-gatazkak konpontzeko arauak finkatu ahalko dituztela arautzen da. Berau, erkidego mailako negoziazio esparruari estatu mailakoaren aurrean autonomia aitortuta egiten da. Arealan ere, lanbide arteko akordio bidez burutzen diren itunei estatu-mailako hitzarmen kolektiboekiko lehentasuna aitortzen zaie, negoziazio kolektiboaren egitura eta pilaketa kasuak ebazteko dituzten gatazka arauak zehazteko.

Pilaketa-egoerak ebazten dituzten gatazka araei helduz, hitzarmen kolektibo bat indarrean dagoen bitartean beste esparru bateko hitzarmenetan zehaztutakoak eragin diezaion, salbuespen gisa arautzen da 83.2 artikuluan eta 84.2 artikuluan xedatutakoa. Hortaz, erkidego-mailako errealitateei egokitu zaitzkie hitzarmenetara heltzeko bide juridiko bat zabaltzen da, estatu-mailako hitzarmen kolektiboen iraunaldien baitan, horiek ez ditzaten erkidego zein probintzia mailako negoziazio-esparruak ezgaitu edo lortutako hitzarmenak eragingarritasunik gabe utzi, haien lehentasunaren ondorioz.

Halaber, enpresa-hitzarmen edo lantoki-hitzarmenak «goragoko esparruko hitzarmen kolektiboen indarraldiko edozein unetan» negoziatzeko askatasuna ezartzen du proposamenak. Era horretan, tokian tokiko errealitateari era egokienean erantzuteko malgutasuna ezartzen da. Horrela, burutu daitezkeen hitzarmenari aplikatzekoak diren sektoreko hitzarmenetan zehaztutako enplegu- eta lan-baldintzen beharpenak arautzeko

eta sektoreko hitzarmenean aitortutako eskubideak murrizteko debekua ezartzen zaie. Hain zuzen, proposamenaren helburua enpresa edo lantokietan goragoko esparruetan adostutako enplegu- eta lan-baldintzetan hobekuntzak adosteko aukera bermatzea da. Norabide horretan zerrendatu dira beraz maila honetan, araurik mesedegarrienaren printzipioari jarraiki, edozein unetan negoziatu ahal izango diren gaiak, negoziazio-maila horri babes gehiago eskainiz.

Orobat, enpresako edo lantokiko hitzarmen kolektiboan arautzen ez diren gaitan goragoko hurrengo esparruko indarreko sektoreko hitzarmena aplikatzea aurreikusten da izaera ordeztalez, baina 83.2 artikuluan aipatzen diren akordio eta hitzarmen kolektiboek aplikazio-lehentasun hori ukatzen zaie. Era horretan, indarraldian dauden estatu mailako hitzarmenengan eragiteko erkidego-mailako negoziazio-esparruei aitortutako ahalmena mugatzen da, negoziazio kolektiboaren egitura eta pilaketa egoerak ebazten dituzten gatazka arauak izanik jaso ahalko dituzten eduki bakarrak.

Azkenik, sindikatuek eta enpresaburuen elkarteek, autonomia-erkidego baten barruan eta enpresarena baino esparru handiagoan, estatu-mailakoetan xedatutakoari eragiten dioten akordioak edo hitzarmenak negoziatzeko aukera aurreikustea ere esparru horri negoziazio kolektiboan eratxiki nahi zaion ahalmenaren adierazle da. Negoziatio- batzorde txostengilea eratzeko eskatzen diren gehiengoen babesa lortzeak mugatuko du ahalmen hori, hala denean maila txikiagoko negoziatio-esparruen baldintza onuragarriak probestu ahal izango direlarik hitzarmen kolektiboak lortzeko, estatuko negoziatioak baldintzatzen dituzten gainerako elementuen eraginetik kanpo.

Funtsean, erkidego, probintzia eta enpresa- edo lantoki-mailako negoziatio-esparruen gaitasunak handitzea dakar erreforma honek, lanbide arteko akordioen egitekoa indartuz, enpresa- edo lantoki-hitzarmenak babestuz, araurik mesedegarrienaren printzipioa edukiz betez eta erki-

dego eta probintzia mailako hitzarmen kolektiboen eragingarritasuna bermatuz estatu-mailako hitzarmen kolektiboen aurrean.

V. ONDORIOAK

LEHENEGOA. Euskal Lurralde Historikoetako errealitate sozial eta sindikalak berezko ezaugarriak dituen gizarte-egituraketa bat uzten du age-rian, estatuko beste lurralde batzuen errealitateetik bereizgarria dena.

BIGARRENA. Lan-harreman modernoek espainiar estatuan jasan duten bilakaerak eta lan-erreforma bidez hitzarmen kolektiboen arauketak jasan duen eraldaketak eragin negatibo zuzena izan dute Euskal Lurralde Historikoetan.

HIRUGARRENA. LETBn negoziazio-unitateek eta hitzarmen kolektiboen pilaketa- egoerak ebazteko gatazka-arauek duten arauketak, ez dio erantzuten Euskal Lurralde Historikoetan negoziaketa kolektiboaren bidez alderdien borondatearen arabera lan- harremanak arautzeko existitzen den borondateari, euskal enpresari elkarte eta sindikatuen gehien- goaren iritziz.

LAUGARRENA. Euskal gehiengo sindikal eta politikoak aho batez adie-razi du behin eta berriro lan-erreformaren beharra, bere ezinbestekota- suna eta bideragarritasun politikoa arrazoituz. Hain zuzen, lan honetan jasotako proposamenak behar horiei erantzuten die.

BOSGARRENA. Juridikoki bideragarria da LETBren 83. eta 84. arti- kuluak erreformatuz Euskal Lurralde Historikoetako gizarte-beharrei erantzutea, estatu-mailan legegileak izan ditzakeen gainerako betebeh- ar eta erantzukizunei muzin egin gabe.

SEIGARRENA. Proposamenean jasotzen den testu artikulatuaren bidez LETBn negoziazio-unitateek eta hitzarmen kolektiboen pilaketa-egoe-

rak ebazteko gatazka- arauk izango luketen arauketak berme juridikoak ematen dizkie erkidego eta probintzia mailako negoziaketa kolektiboko alderdiei hitzarmen kolektiboen bidez lan-harremanak tokian tokiko behar eta borondateetara egokitzeko.

VI. ERREFERENTZIA ZERRENDA

6.1. Bibliografia

ARANZADI. *Guía práctica sobre la reforma laboral y novedades de la LPGE 2022*. Iruña: Aranzadi, 2022.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Crónica de Jurisprudencia Internacional Laboral». *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2017ko martxoa, 9. Lib., 1 zk.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J. ¿Se abre un nuevo tiempo de apertura, negociación y pacto para nuestros agentes sociales. Deia, Grupo Noticias, 2016ko abenduaren 29a.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J. *Lan Zuzenbidea*. Madril: Dykinson, 2019, 2. argitaldia.

CEOE. *La evolución de las relaciones laborales en el Estatuto de los Trabajadores*. Lan-Harremanetako Departamentuaren Argitalpen Bulegoa, 2016.

DÍAZ DE RABALGO VILLAR, M. «Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos. Problemas de la negociación colectiva estatutaria: su articulación, configuración de las unidades de negociación, concurrencia de convenios y convenio de aplicación en la sucesión de Empresas». *Aranzadi Social*, 2005, 20. zk.

DUQUE GONZÁLEZ, M. «Análisis histórico del marco jurídico negocial en el estatuto de los trabajadores: de la inercia franquista y la añagaza sindical a los planes de igualdad». *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*. 2021, 45. zk.

EAJko Andoni Ortuzarri elkarrizketa 2022ko Lan Erreformari buruz, 2022ko urtarrilaren 20a. <https://www.eaj-pnv.eus/eu/berriak/52658/ortuzar-guk-erantzukizuna-euskadirekin-dugu-euskal>.

ELA. *Egoeraren azterketa: krisi iragankorra edo egiturazkoa?* Bilbo: Manuel Robles Arangiz fundazioa, 2022, 142. zk.

ELA. *Lan-erreforma antzerki hutsa*. <https://www.ela.eus/eu/iritziak/lan-erreforma-antzerki-hutsa>;

ESADE Ec-Pol Center for Economic Policy. *Mejorar la Reforma Laboral: una propuesta viable*. 2021eko martxoa, Futuro del Trabajo ikerketa lerroa.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2013, 1. liburukia, 1. zk.

EUROPA PRESS, *Biurrun no ve atada la prevalencia de los convenios autonómicos en la reforma laboral*. El Diario Vasco, 2022ko otsailaren 12a.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A. L. «El mandato de unificación jurídica y la constitución». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2012, XXXIV. liburura, 34. zk.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. «Fuentes de Derecho del Trabajo». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, 234. zk.

KAIERO URIA, A. «Sindicatos y Marco Vasco de Relaciones Laborales». *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 1999, 44. zk.

LAB. *Euskal Herriko langileriaren lan eta bizi baldintzak*. Bilbo: Ipar Hegoa Fundazioa, 2021eko azaroa, Ikusmiran, 8. zk.

LAB. *Lan-harremanetarako eta babes sozialerako euskal esparrua eraikitzeke proposamena: Euskal Herriko Lan Kodea eta Euskal Herriko Gizarte Segurantza*. Bilbo: LAB, 2021, Sindikalismoa Birpentsatzen.

LABeko Xabier Ugartemendiari elkarrizketa, <https://www.elsaltodiario.com/reforma-laboral/xabier-ugartemendia-lan-baldintzen-aldeko-konfrontazioan-eta-euskal-esparruan-sinisten-dugu>

LAGO PEÑAS, J. M. «Un análisis cuantificado de los efectos de la Reforma Laboral sobre el empleo». *Fundación 1 de mayo*, Azterlanak Bilduma. 2013, 61 zk.

LAN, MIGRAZIO ETA GIZARTE SEGURANTZA MINISTERIOA. *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*. Madril: Estatuko Administrazio Orokorraren argitalpenen katalogoa, 2015.

LAN, MIGRAZIO ETA GIZARTE SEGURANTZA MINISTERIOA. *La negociación colectiva en Europa: una perspectiva transversal*. Madril: Estatuko Administrazio Orokorraren argitalpenen katalogoa, 2019.

QUIÑONES INFANTE, S. «El derecho constitucional a la libertad sindical: una mirada actual a su contenido y alcances». *Derecho & Sociedad*, 2018, 51. zk.

RAMOS QUINTANA, M. I. et. al. *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*. Albacete: Bomarzo, 2013.

UNANUE LETAMENDI, J. M. *Las relaciones laborales en Euskal Herria; apuntes históricos y análisis de su evolución desde la transición política*. Bilbo: Fundación Manu Robles-Aranguiz Institutua, 2002.

VALDES DAL-RE, F. *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*. Madril: Lan eta Gizarte Gaietako Ministerioa, 1996.

6.2. Legeria

1978ko Espainiako Konstituzioa, EAoren 311. zk., 1978ko abenduaren 29koa.

Lanaren Nazioarteko Erakundearen Konstituzioa, EAoren 226. zb., 1919ko ekainaren 28koa.

Abenduaren 18ko 3/1979 Lege Organikoa, Euskal Herriaren Autonomia Estatutuari buruzkoa, EAoren 306. zk., 1979ko abenduaren 22koa.

Abuztuaren 2ko 11/1985 Lege Organikoa, Sindikatu Askatasunari buruzkoa, EAoren 189. Zk., 1985ko abuztuaren 8koa.

Apirilaren 8ko 16/1976 Legea, Lan Harremani buruzkoa, EAoren BOE, 96. zk., 1976ko apirilaren 21ekoa.

Maiatzaren 19ko 11/1994 Legea, Langileen Estatutuaren zenbait artikulua eta Lan Prozeduraren Legearen eta Lan Arloko Arau-hauste eta Zehapenei buruzkoa

Legearren testu artikulatua aldatzen dituena, EAOn 122. zk., 1994ko maiatzaren 23koa.

Abenduaren 29ko 43/2006 Legea, hazkundera eta enplegua hobetzeko. EAOn 312. zk., 2006/12/30ekoa.

Abenduaren 6ko 3149/1977 Errege Dekretua, enpresetan langileen ordezkariak hautatzeari buruzkoa. EAOn 297. zk., 1977ko abenduaren 13koa.

Martxoaren 4ko 17/1977 Legegintzako Errege Dekretua, lan-harremanei buruzkoa. EAOn 58. zk., 1977ko martxoaren 9koa.

Ekainaren 10eko, 7/2011 Legegintzako Errege Dekretua, negoziazio kolektiboa erreformatzeko premiazko neurriei buruzkoa, EAOn 139. zk., 2011ko ekainaren 11koa.

Otsailaren 10eko 3/2012 Legegintzako Errege Dekretua, lan-merkatua erreformatzeko premiazko neurriei buruzkoa, EAOn 36. zk., 2012ko otsailaren 11koa.

Urriaren 23ko 2/2015 Legegintzako Errege Dekretua, Langileen Estatutuaren Legearren testu bategina onartzen duena, EAOn 255. zk., 2015eko urriaren 24koa.

Abenduaren 28ko 32/2021 Legegintzako Errege Dekretua, lan-erreformarako, enpleguaren egonkortasuna bermatzeko eta lan-merkatua eraldatzeko premiazko neurriei buruzkoa. EAOn 313. zk., 2021eko urriaren 24koa.

2017ko otsailaren 16ko Ebazpena, Laneko eta Gizarte Segurantzako zuzendaria-rena, zeinaren bidez xedatzen baita erregistratu, argitaratu eta gordailutu dadila EAren eremuko negoziazio kolektiboaren egiturari dagokion lanbide arteko akordioa, EHAren 44. zk., 2017ko martxoaren 3a.

2017ko irailaren 21eko Ebazpena, Enplegu Zuzendaritza Nagusiarena, eraikuntza sektoreko hitzarmen kolektibo orokorra erregistratu eta argitaratzen duena, EAOn 232. zk., 2017ko irailaren 26koa.

2021eko apirilaren 26ko Ebazpena, Lan Zuzendaritza Nagusiarena, 2020 eta 2021 urteetarako zaharberritze kolektiboko lan sektoreko estatuko hitzarmen

kolektiboa erregistratu eta argitaratzen duena, EAO 115. zk., 2021eko maiatzaren 14koa.

2021eko abenduaren 29ko Ebazpena, Lan Zuzendaritza Nagusiarena, metalaren sektoreko industriaren, teknologia berrien eta zerbitzuen Estatuko IV. Hitzarmen Kolektiboa erregistratu eta argitaratzen duena, EAO 10. zk. 2022ko urtarrilaren 12koa.

6.3. Jurisprudentzia

1. Abenduaren 21eko 45/2005 AGE, Erref.:ECLI:ES:TS:2005:7920

2. Urriaren 5eko 958/2021 KAE, Erref.: Cendoj, 28079140012021100896

Ekainaren 2ko 103/2004 KAE, Erref.:Vlex, ES:TC:2004:103

Uztailaren 18ko 36/1991 KAE, EAO, 192. zk., 2019ko abuztuaren 12koa. 5. Irailaren 28ko 148/2016 ANE, Erref.: Cendoj, 28079240012016100144

6. Urtarrilaren 20ko 4/2020 ANE, Erref.:Vlex, ES:AN:2020:7

VII. ERANSKINAK

7.1. Elkarrizketak sindikatuei

i) *Langile Abertzaleen Batzordeak*

a) Elkarrizketen helburua: Espainiako antolamendu juridikoan hitzarmen kolektiboen arauketaz, eta zehatzago, horien pilaketa-kasuetan sortzen diren eskumen-gatazkak konpontzeko arauketaz, sindikatuak duen jarrera zein den jasotzea, arauketa hori eraldatzeko lan-erreformak juridikoki, batetik, eta politikoki, bestetik, aukera diren baloratu.

b) LABeko Hitzarmen Kolektiboen arduradun nazional Xabier Ugartemendia. Data eta lekua: 2022ko apirilaren 8an, Bilbon.

Elkarrizketatua: Xabier Ugartemendia, Hitzarmen Kolektiboen arduradun nazionala Langile Abertzaleen Batzordeetan.

LABekin elkarrizketak lan honetan duen egitekoa: Euskal Lurralde Historikoetako sindikalgintzaren ordezkagarritasun handieneko sindikatu bat izaki, errealitate sozial baten beharren eta horiei erantzuteko apustu politiko baten adierazle izatea, lan-erreformaren proposamena garatzerako orduan kontuan hartzeko.

Elkarrizketa dinamizatzekeo galderak:

Orokorrak:

1. Zein da LABen helburu orokorra sindikalgintzan?
2. Nola ulertzen du sindikalgintza helburu horretara bidean?

Negoiazio kolektiboei buruzkoak:

3. Sindikalgintza ulerker horretan aritzeko tresna guztien artean, zein egiteko jokatzen dute hitzarmen kolektiboek? Bere aukerak eta mugak zein dira zuen ustez?

4. Hitzarmen kolektiboen pilaketa-gatazkak konpontzeko Espainiako antolamendu juridikoak arautu dituen arauetara buruz zein da LABen jarrera?

5. Euskal Lurralde Historikoak ezaugarritzen dituen errealitate sozioekonomikoa kontuan hartzen al du arauetara horrek?

6. Zein da LABen jarrera, era orokor batean, esanguratsuenak iruditzen zaizkizuen azken lan-erreformen aurrean?

7. Eta hitzarmen kolektiboen arauetari dagokionez eman den bila-kaerari buruz?

8. Hitzarmen kolektiboen pilaketa-gatazkak arautzen dituzten gatazka-arauak aldatzeak hitzarmen kolektiboen bidez Euskal Lurralde Histo-

rikoetako errealitate sozioekonomikoari hobe erantzutea ekarri al dezake? Noraino dira hitzarmen kolektiboak tresna bat lurralde bezala dauzkagun behar propioei erantzuteko?

9. Zuen helburuen artean al dago negoziazio kolektiboen arloan pilaketa-egoerak konpontzeko gatazka-arauak erreformatuz probintzia eta autonomia-erkidegoetako hitzarmen kolektiboei babes emango liekeen lan-erreforma bat?

10. Testuinguru politiko eta sozialari erreparatuz, bideragarritasunik al du zuen ustez?

11. Zein hitzarmen kolektiboren negoziazioan parte hartzen ari da gaur gaurkoz sindikatua?

12. Zein dira LABen ustez gaur egun Euskal Lurralde Historikoetako errealitate sozioekonomikoaren lehentasun izan behar direnak?

Elkarrizketaren transkripzioa:

LAB Ezker Abertzalearen baitan kokatzen den sindikatua da, nazio ikuspegitik prozesu independentistaren bidez Euskal Herriaren burujabetza lortu nahi duena. Bide horretan helburu taktikotzat langileen lan-baldintzak hobetzea du, nazio ikuspegi batetik. Euskal Herriko arauketa propioa nahi duen sindikatua da, bertatik eta bertakoa dena, haien ikuspegitik langileen intereserako onuragarriagoa den arauketa lortzeko baldintza hobeak eta indar korrelazio ezberdinak baitaude bertan espainiar estatuarekin alderatuta. Langileen lan-baldintzen hobekuntzan eragiteko sektore bakoitzaren berezitasunei erreparatuz, horien ezaugarrietara egokituko diren borroka eta konfrontazio sindikala sinesten du LABek. Jarduera horrek bermatzen duen langileen aktibaziorik gabe horien lan-baldintzak defendatu edo negoziazio mahaian adostutakoari eusteko modu irmorik ez dagoela uste du. Era berean, langilea ekite sindikalean subjektu aktibo izatea ezinbestekotzat jotzen da, sindikatuaren

egituren gain delegazioa ekidin nahian eta langileak ulertuz dena delako prozesuaren gidarizat.

Hitz gutxitan, konfrontazio sindikala lan arlo ezberdinetara doitzeko dibertsifikatuz borrokatzen ditu langileen lan-baldintzak sindikatu aber-tzaleak, langilea jardun horren protagonistatzat ulertuz eta jarduera sin-dikal hori Euskal Herriaren burujabetza lortzeko Ezker Abertzalearen proiektu politikoaren baitan ulertuz.

Azken hamarkadetan negoziazio kolektiboa izan da sindikatuentzako tresna nagusienetako bat langileen lan-baldintzak borrokatzeari begira. Euskal Lurralde Historikoetan Langile Estatutua, LABen ustez bere so-rreratik txartzen joan den arauketa, hitzarmen kolektiboen bidez hobetu da lan-baldintza hobeak lortuz eta lan- harremanetarako euskal esparrua-ri oinarria eta forma emanez. Herrialde-, sektore- eta enpresa-mailako hitzarmenak asko izan dira zentzu horretan.

Azken urteetan, 2010eko Zapateroren eta, bereziki, 2012ko Rajoy-ren lan- erreformetan negoziazio kolektiboaren arauketa eraldatu eta asko mugatu da LABen ustez. Lan-erreforma horien helburua lan-baldin-tzen prekarizazio orokor bat izaki, ordura arte hitzarmen kolektibok lan-baldintzen berme izandako hitzarmenak burutzeko aukera mugatze-ko nahia dago erreforma horietan sindikatuaren ustez. Erreforma horiek eragin zuzena dute LABek azken hamarkadan bere borroka sindikalean egindako moldaketetan.

Norabide horretan egindako lehen eraldaketa negoziazio kolek-tiboaren estatalizazioarena da LABen ustez. Estatu-mailako negocia-zio-mahaiei maila txikiagoko hitzarmenak neutralizatu ahal izateko gai-tasuna ematen zaie 2012ko lan-erreforman. Orain, legeak aukera ematen dio estatu-mailako hitzarmen kolektiboen esparruari, erkidego- edo lu-rralde-mailako negoziazio-esparruak murrizteko edo debekatzeko eta zer negoziatu daitekeen eta zer ez zehazteko LETBren 83 eta 84. arti-

kulueta oinarrituta. 2018an LABek egindako ikerketa baten arabera, 2013tik Madrilen sinatu ziren hitzarmen kolektiboen %80ak murriztu edo debekatu zuten estatu-mailakoak ez ziren hitzarmen-esparruetan negoziatzea. LABen ustetan, CCOO eta UGT negoziazio kolektiboak aurretik aipatutako norabidean jasan duen eraldaketak eragin dituzten erreformetan parte hartzaile izan dira. PSOEk 2011an eta PPK 2012an egikaritutako erreformetan parte-hartzaile dira, lan-erreforma hori babestu eta, ondoren, estatu-mailako hitzarmenak sinatu baitituzte estatu-mailan, erkidego mailako negoziazio esparruak debekatuz eta hainbat materia eskusiboki erreserbatuz. Sindikatuaren ustez, Euskal Autonomia Erkidegoko eta Nafarroako UGT eta CCOO sindikatuak kontraesan nabarmenak sortu dizkieten jarrerak izan dira horien kideek Madrilen izandakoak. Beraz, estatalizazioaren aurrean, LABek LELTBko 83 eta 84. artikulua aldatu beharra ikusten du.

Bestalde, negoziazio kolektiboaren jarduna baldintzatzeko neurriak ikusten ditu sindikatuak 2012ra arteko erreformetan, haien artean, hitzarmen kolektiboen aurreraeraginaren arauketa, aldebakartasunaren orokortzea, malgutasuna inposatzearena... Gainera hauek hitzarmenetan jasotzeko derrigortasuna ezartzen da, horiek bildu gabe bere eragin-garritasuna kolokan geratzen delarik. Horrela, lehen legez aurrein zitezkeen lan-harreman prekarioak, erreformen ondorioz legezko bihurtu zituztela salatzen du LABek, bere esanetan «prekarietatea legezkatuz». Honen aurrean, ekintza sindikalean aldaketak planteatzen ditu eragileak, negoziazio kolektiboan ardaizten zen jarduera aldean arteko akordioak lortzera bideratuz, tokian tokiko lan baldintzak langileen interesetara hobetze aldera. Hitzarmen kolektiboak lor ezin daitezkeen kasuetan, itun bidezko adostasunak lortzeko, kasuan kasu, 2019tik gaurdaino negoziazio kolektiboaren gorakada bat detektatzen du LABek, ordutik berpiztutako borroka sindikalen ondorio.

Ildo berean, enpresa-mailako hitzarmenei lehenetasuna ematea era negatiboan baloratzen du sindikatu abertzaleak, erreformara arte sektore-mailako hitzarmenek jasotakoa derrigorrez bermatu behar zutelako enpresa-hitzarmenek, edo hobetu. Baina gaur-gaurkoz, enpresa-hitzarmenek lan-baldintza horiek okertzeko aukerak irekita jarraitzen du legean, alokairu arloan izan ezik. Enpresa-mailako hitzarmenek, beraz, sektore-mailako hitzarmenek baino baldintza okerragoak arau ditzakete. Honen aurrean, LAB eta ELAk adostu zuten ez zutela sektoreetako hitzarmenak okertuko lituzketen enpresa-akordioak sinatuko.

Laburbilduz, LABek estatalizazioa eta enpresa-hitzarmenaren erregulazioa lan- harremanen prekarizazio kausatzat ulertzen ditu 2010 eta 2012ko lan-erreformak arbuiautz. Horren aurrean sindikatu-akordioak eta 83 eta 84. artikulua erreformatzea proposatzen ditu.

Era berean, gehiengo sindikalak (ELA, LAB, CCOO, UGT) eta CONFEBASKek EAEn esparruko negoziazio kolektiboaren egiturari dago-kion lanbide arteko akordioa gauzatu zuten 2017an. Bertan adostu zen EAEn egindako sektoreko hitzarmenek eskumen osoa dutela erregulatu ditzaketen edukiak zein diren erabakitzeke, estatu- mailako hitzarmenen eraginpetik kanpo. Adostasun hori LELTBaren 83. artikuluan oinarrituta burutzen da, CONFEBASKen adostasunarekin.

LABen aholkularitza juridikoaren ustez, akordio horrek bertako negoziazio kolektiboen esparrua babesten du, estatu-mailan gauza daitezkeen hitzarmen kolektiboek bertako esparruak debekatu edo materia zehatzen gaineko eskusibitatea xedatuta ere. Hala ere, onartzen du eztabaida juridikoa sor daitekeela eta ez dagoela argi EAEn lanbide arteko akordioa egonda ere, estatu-mailako hitzarmen batekin pilaketa gauzatzean akordio horrek eragina izango duenik azken honen eragina mugatzeko. Interpretazio posible horiek dira sindikatuaren ustez lanbide arteko 2017ko akordioa gaur arte behin ere aplikatu ez izana ulertzeko

arrazoiak. LABren ustez akordio hori bertako negoziazio kolektiboko esparrua babestu eta hitzarmenetara heltzeko erabili beharko litzateke, estatuak aurkaratu eta akordioa baliogabetzeko arriskua egonda ere, aplikatu gabe ez duelako erabilerarik.

Horren ondorioz, 2012ko erreformak sortzen dituen eragin horien guztien aurrean neurririk ez hartu eta aldaketarik ez eragitea da LABek 2021eko lan-erreformari ezetza emateko arrazoi nagusietako bat. Atzera-pausorik sortzen ez duen erreforma, baina egoera aski kezkarri eta kaltegarri bati eusten diona. LABek azken erreformaren aurrean duen kezka nagusietako bat da 2012an Alderdi Popularrak egindako erreforma aldatu gabe hori zilegiztatzeko delatzen dela.

Negoiazio kolektiboaren estatizazioaren aurrean LABek bi aukera mahaigaineratu zituen azken lan-erreformaren negoziazioen baitan. Batetik, estatu-mailako hitzarmenei erkidego- edo probintzia-esparruan zer negoziatu daitekeen eta zer ez erabakitzeke gaitasuna kenduko zion erreforma bat burutzea 83 eta 84. artikuluetan, LABen ustez erreforma integralena litzatekeen aukera. Edo bestela, 83. artikuluan zehaztutako sartzeari, lanbide arteko erkidego-mailako akordioa estatu-mailako hitzarmen kolektiboaren gainetik egongo litzatekeela argitzeko, bien arteko pilaketa-egoera ekidinez. Bide batez, EAJ eta EH Bildu alderdien babesa izan zuen aukera izan zen bigarren hori. PSOEren aldetik, ordea, bi aukeretako bat ere ez zen posible izan 2021eko lan-erreforman.

Bigarren aukerari dagokionez, LABek baldintza bat ezartzen zion PSOEri, aukera hori bideratzeko borondatea azalduz gero. Nafarroari dagokionez, Maria Chiviteren Gobernuak konpromisoa har zezala erkidego-mailan lanbide arteko akordio bat negoziatzeko mahaia sortzeko bertako sindikatu eta patronalarekin. Nafarroako errealitate sindikalak bertan behera utzi zuen ELA eta LABek lanbide arteko akordio baten bidez EAEkoa bezalako egoera juridikoa sortzeko egindako saiakera,

CCOO, UGT eta Nafarroako Enpresaburuen Konfederazioa kontra azaldu zirelako, gehiengoa zirelarik. Edonola ere, LABek era positiboan baloratzen ditu azken lan-erreformak suposatu duen hitzarmen kolektiboen aurreraeragina era mugagabeen berreskuratzea, baita enpresa-akordioek sektore-mailako akordioei dagokienean alokairuari buruzko xedapenak okertu ezin izatea ere, nahiz eta bi neurriei oso eskas deritzen sindikatuetak. Halaber, negoziazio-esparru berriak sortu diren azken kasuetan eta hitzarmen berriak lortu diren azken kasuetako askotan, estatu-mailako sektoreko patronalak negoziazio-mahaiaren zilegitasuna edo hitzarmena aurkaratu du, kasurik gehienetan aldeko interpretazioa duen epaia lortuz. Lan-erreforma behar ez bestekoa dela uste izateko beste arrazoi bat beraz.

LELTBren 83 eta 84. artikulua aldatuko lituzkeen lan-erreforma bat LABen helburu politikoen artean dago. 2012tik borroka sindikalaren bidez ezeztatu den PPre lan-erreformari irtenbide juridiko bat emateko. Horretarako baldintza politikoei dagokienez, LABek begi onez hartu du azken lan-erreformaren negoziazio-garaian ELA, CONFE-BASKek, EAJk eta EHBILDUK haien adierazpen eta negoziazio-saiakeretan erreforma horren beharra adierazi izana, aldaketa bat suposatzen baitu gaur arte 2017ko lanbide arteko akordioaren defentsa egin izan dutelako, tresna horrekin erreforma beharrik ez zegoela argudiatuz. Era berean, LABek uste du euskal patronalak ere lan-harremanen euskal esparruan negoziazio kolektiborako aukerak legez bermatzeko interesa duela, horrek egonkortasun juridikoa eta lan-gatazka gutxiago eragiten baitizkio. LABek, gaur gaurkoz, sektore- eta enpresa-mailako hainbat negoziazio kolektibotan parte hartzen du, besteak beste, Bizkaiko eta Arabako metalaren sektoreetakoetan, Bizkaiko eta Gipuzkoako zaharretxeen egoitzetakoetan edo garbiketaren sektoreko Hego Euskal Herriko lau lurraldeetakoetan. Negoziazio horietan, aztertutako arauketa gatazka-tsua gain, KPIa arazo bihurtzen ari dela uste du. Patronalaren jarrera da KPIa ordaintzeko zailtasunak dituela eta sindikatuena eros ahalmenari

eutsi behar zaiolako defentsan daude, negoziazio-prozesu horietan eragin zuzena dutelarik.

Sindikatuarentzako lehentasuna duen borroketako bat bihurtu da azken hilabeteetan eros ahalmenaren galeraren kontra egitea.

ii) *Eusko Langileen Alkartasuna*

Data eta lekua: 2022ko maiatzaren 12an, Bilbon.

Elkarrizketatua: Peio Igeregi Santamaria, Hitzarmen Kolektiboen arduradun nazionala. **Elkarrizketaren helburua:** Espainiako antolamendu juridikoan Hitzarmen Kolektiboen arauketaz, eta zehatzago, horien pilaketa-kasuetan sortzen diren eskumen-gatazkak konpontzeko arauketaz, ELAk duen jarrera zein den jasotzea, arauketa hori eraldatzeko lan-erreformak juridikoki, batetik, eta politikoki, bestetik, aukera bat diren baloratuz.

Gradu Amaierako Lanaren helburua: Euskal Lurralde Historikoe-tako lan-errealitatea eta errealitate sindikalean oinarrituta, hitzarmen kolektiboen erreforma proposamen bat burutzea horien pilaketa argitzeko gatazka-arauetan, euskal lurraldeetako hitzarmen kolektiboen eragingarritasuna bermatzeko estatu-mailako hitzaren kolektiboen aurrean. **ELA-rekin elkarrizketak lan honetan duen egitekoa:** Euskal Lurralde Historikoetako sindikalgintzaren ordezkagarritasun handieneko sindikatua izaki, errealitate sozial baten beharren eta horiei erantzuteko apustu politiko baten adierazle izatea, erreforma- proposamena garatzerako orduan kontuan hartzeko.

Elkarrizketa dinamizatzekeo galderak:

Orokorrak:

1. Zein da ELAen helburu orokorra sindikalgintzan?
2. Nola ulertzen du sindikalgintza helburu horretara bidean?

Hitzarmen Kolektiboak:

3. Sindikalgintza ulerkera horretan aritzeko tresna guztien artean, zein eginkizun jokatzeko dute hitzarmen kolektiboek? Bere aukerak eta mugak zein dira zuen ustez?

4. Hitzarmen kolektiboen pilaketa-gatazkak konpontzeko Espainiako antolamendu juridikoak arautzen dituen arauari buruz zein da ELAren jarrera?

5. Euskal Lurralde Historikoak ezaugarritzen dituen errealitate sozioekonomikoa kontuan hartzen al du arauketa horrek?

6. Zein da ELAen jarrera, era orokor batean, esanguratsuenak iruditzen zaizkizuen azken lan-erreformen aurrean?

7. Eta negoziazio kolektiboen arauketari dagokionez eman den bila-kaerari buruz?

8. Hitzarmen kolektiboen pilaketa-gatazkak arautzen dituzten gatazka-arauak aldatzeak hitzarmen kolektiboen bidez Euskal Lurralde Historikoetako errealitate sozioekonomikoari hobe erantzutea ekarri al dezake? Noraino dira hitzarmen kolektiboak tresna bat lurralde bezala dauzkagun behar propioei erantzuteko?

9. Zuen helburuen artean al dago negoziazio kolektiboen arloan pilaketa-egoerak konpontzeko gatazka-arauak erreformatuz probintzia eta autonomia-erkidegoetako hitzarmen kolektiboari babes emango liekeen lan-erreforma bat?

10. Testuinguru politiko eta sozialari erreparatuz, bideragarritasunik al du zuen ustez?

11. Zein hitzarmen kolektiboren negoziazioetan parte hartzen ari da gaur gaurkoz sindikatua?

12. Zein dira ELAren ustez gaur egun Euskal Lurralde Historikoetako errealtate sozioekonomikoaren lehentasun izan behar direnak?

Elkarrizketaren transkripzioa:

Peio Igeregi Santamariaren ahotan, ELAren izateak bi bektoretan harzen du zentzua. Batetik, klase ikuspegiak ematen dio zentzua sindikatua-
ren lanari, Euskal Herriko langile klasearen bizi-baldintzak hobetzearen
alde borrokan, produkzio-eredu kapitalista gaudituko duen klaserik ga-
beko gizarte bat lortzera begira. Eta bestetik, nazio-ikuspegiak osatzen
du ELA, langile klasearen lan-baldintzak euskal lurraldeetan defendat-
zeak nazio moduan forma hartu eta berau eraikitzea suposatzen duela
ulertuta. Modu horretan, Euskal Herriaren askatasuna helburu, independ-
dentzia eta sozialismoa egikaritzea du bere estrategia politikoa, zeruertz
hori bere eguneroko borrokaren iparrorratz gisa ulertuta eta GALEANOK
utopiaz egiten zuen metafora bere eginez.

XXI. mendean langileak antolatzen daramatzen arrazoi nagusia
lan-baldintzak hobetzeko borroka egitea da ELAren iritiz. Dirudienez,
gutxiengo bat dira klase- kontzientzia hutsagatik antolatu eta sindikatzen
direnak, borroka konkretu batean lor daitezkeen helburu zehatz batzuk
identifikatzeagatik egin beharrean. Langileak antolatzea du sindikatuak
bere egunerokotasuneko helburu nagusienetakoa eta argi du jendea ze-
hatza den zerbait eskatzeko antolatzen dela. Eta azken finean, hori da
negoziatio kolektiboaren funtsa.

Era horretan, negoziatio kolektiboa ELAren jardueraren oinarritzko
ardatz bat da, langileen antolakuntzarako eta borroka pizteko tresna era-
ginkorra dela irizten duelako sindikatuak. Zentzu horretan, negoziatio
kolektiboaren egituraketaren arauketa oso garrantzitsua da sindikatu-
rentzat antolakuntza ikuspegi batetik. Modu berean, sindikatuak jendea-
rentzako tresna erabilgarri bat izango da bere lan- eta bizi-baldintzak
hobetzeko eraginkorra bada epe laburrean eta langileen eskakizunak bi-

deratzeko baliabideak baditu. Bada negoziazio kolektiboak hori eskaintzen dio sindikatuari hain zuzen, lan-baldintzak kolektiboki erabakitzea bihurtzen baita langileen beharrak asetzeko tresna nagusia eta sindikatua indartzen duena.

Arrazoi horrengatik dira oso esanguratsuak 2011 eta 2012ko erreformak ELAren sindikalgintzarentzat. Hain zuzen, probintzia-mailako hitzarmen kolektiboei lehentasuna ematen zien 1994ko lan-erreforma José Luis Rodríguez Zapateroren gobernuak 2011. urtean aldatu zuen. Erreforma horrek estatuko eta erkidegoko hitzarmen kolektiboei negoziazio kolektibo egituratzeko aukera aitortu zien, hots, zer eta non negoziatzen den zehatzeko ahalmena. Mariano Rajoyren Gobernuak, berriz, 2012an enpresa-hitzarmenei eman zien lehentasuna erreforman bertan zehaztutako hainbat gaitan, adibidez alokairuetan. Horrela, probintzia-mailako negoziazio kolektiboa edukiz hustu zen, ordura arte lehentasuna zuena, eta langile asko babesten zituen ordurako, bereziki estatu-mailako hitzarmenek bere egin zituztelako aurretik probintzia mailan negoziatutakoak eta bestetik enpresa-hitzarmenek ere aukera zutelako lehentasunez aplikagarriak izateko hainbat gaitan. Igeregiren ustez, bi erreforma horien helburua langileen lan-baldintzak debalutzea izan zen lehiakortasunari eta lanpostuei eutsi ahal izateko modua zela defendatzen zuen teoriari jarraituz, baina finean, euskal langileriaren lan-baldintzak era esanguratsuan okertuz.

2012ko erreformak 83. artikuluan xedatutakoak maila berean uzten ditu estatu- eta erkidego-mailako hitzarmenak eta ez du argitzen lanbide arteko akordioek negoziazio kolektiboa egituratzen dutenean horien aplikazio hurrenkera zein den. ELAren ustez, 2017ko lanbide arteko akordioa aplikatu eta alde legitimaturen batek aurkaratuz gero, Auzitegi Gorenak bere aplikagarritasun eza ebatzi dezake probabilitate handiarekin, testuinguru politikoak eta testu artikulua hori ahalbidetzen duelako. Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiak ere ez du argitu

akordio horren aplikagarritasuna bere jurisprudentzian eta *prior in tempore* irizpidez jardun du, beste auzitegieta epaien ulerkerarekin kontrastanean sartzen dena bide batez.

Ziurgabetasun juridiko horrek greba-eskubideari ere eragiten diola us-te du sindikatuak. Hain zuzen, EAEn patronalaren eta sindikatuen artean lanbide arteko akordioari dagokionez dagoen adostasunaren fruitu, nahiz eta akordio horren estaldura juridikoa zalantzazkoa izan, errealitatean, sektore ezberdinetan dagoen indar korrelazioaren arabera aplikatzen dela esan daiteke. Patronalak lan-gatazkak ekiditeko zentzuan negoziazioen eta indar-korrelazioen emaitza gisa aplikatzen ditu kasu batzuetan lege-estaldura argirik ez dituzten hitzarmenak ere.

Hala ere, edozein unetan akordio hori aurkaratua izatekotan, lan-baldintza horiek ez leudeke lege-iturriz babestuta eta estatu-mailan hitzarmen aplikagarri bat egotekotan, horren aplikagarritasuna baieztatuko litzateke. Horrela, lan-baldintza horiek defendatzeko langileek duten tresna nagusia greba bada, gerta liteke akordioa baliogabea izateak eta estatu-mailako hitzarmen bat aplikagarria izateak greba egiteko aukera kentzea langileei, baldintza horietan ez baita greba egiteko eskubidea onartzen. Eta hori arazo handia da ELAren ikuspegitik, zeren eta euskal lurraldeetan enpresaburuek akordioak aplikatzen badituzte hain zuzen langileen mobilizazio, protesta eta grebengatik izaten da, gatazka horiek ekiditeko.

ELAren jarrera Euskal Lurralde Historikoetako lan-baldintzak negoziatzeari begira beti izan da autonomia kolektiboarena. Bestela esanda, langileek eta enpresaburuek erabakitzen duten espazioetan negoziatu ahal izatea, izan enpresa, probintzia, sektore, erkidego edo estatu. ELArentzako estatu-mailako hitzarmenak egotea ez da arazo bat, negoziatio-esparru hurbilagoetan hitzarmenen bidez baldintza horiek hobetu badaitezke. Ulerbidez, pilaketa-araua maila txikiagoko hitzarmenak maila handiagokoaren baldintzak okertzeko debekua izan dadila alegia.

Norabide horretan parte hartu zuen ELAk 2021eko lan-erreformaren negoziazio- harremanetan euskal alderdi politiko nagusiekin eta gainerako sindikatuekin. Bere arauketa idealak, alderdi politikoen indar korrelazioari erreparatuz, bideragarritasun politiko gutxi zeukanez, lan erreformaren negoziaketa prozesuak esakintzen zuen abagunearen neurriko proposamen bat egin zuen sindikatuak. Bere helburu taktikoa 2017ko lanbide akordioaren eta etorkizuneko lanbide akordioen aplikagarritasunari 83. artikuluan segurtasun juridikoa ematea zen. Eta ez hori bakarrik, 84. artikulua moldatuz, Nafarroan lor zitezkeen erkidego-mailako hitzarmenek ere estatu-mailan egon daitezkeen hitzarmen kolektiboengan eragina izateko arauketa bermatzea, horiekiko lehentasuna aitortuz.

ELAren kalterako, baldintza politikoek ez zuten erreforma ahalbidetu 2022ko urtarrileko negoziazioetan. Edonola ere, sindikatuaren ustez, hitzarmen kolektiboen pilaketa-egoerak arautzen dituzten gatazka-arauak eta negoziazio-unitateak sortzeko xedapenak aldatuko dituen lan-erreforma bat egunerokotasun handia duen ekimena da, ezbairik gabe. Are gehiago, gaur gaurkoz ELAk parte hartzen duen negoziazio kolektiboko hamarnaka kasu bideratzeko lagungarria suertatuko litekeen erreforma litzateke zinez, bertako alderdien borondateari berme juridikoa emango liokeena hitzarmenetara heltzeko.

Confederación Empresarial Vasca⁶⁸

Fecha: 13 de mayo de 2022.

Entrevistada: Virginia Múgica Conde, secretaria jurídica de la dirección de CONFEBASK (Departamento Jurídico y de Relaciones Laborales).

Objetivo de la entrevista: Conocer la opinión de CONFEBASK acerca de las normas de conflicto que emplea nuestro ordenamiento ju-

⁶⁸ Elkarrizketa horri buruzko informazioa gaztelaniaz jaso da, elkarrizketatua euskalduna ez zelako.

rídico para resolver las situaciones de concurrencia entre convenios colectivos, para valorar la necesidad de llevar a cabo una Reforma Laboral y su posición al respecto.

Objetivo del TFG: proponer un texto articulado de los artículos 83 y 84 TRLET reformando las normas de conflicto para resolver la concurrencia entre convenios colectivos y respondiendo a las necesidades territoriales que reflejan las realidades sociales, sindicales y empresariales del País Vasco.

Preguntas para la dinamización de la entrevista:

Generales:

1. ¿Cuál es la razón de ser de CONFEBASK?
2. ¿Cuáles son sus objetivos principales?
3. ¿Y sus herramientas más fundamentales para su labor?

Específicas:

4. ¿Qué peso juega la negociación colectiva en la actuación de CONFEBASK?
5. ¿Cuáles son sus opciones y sus límites?
6. ¿Cómo ha influido en vuestra labor la transformación de la regulación sobre la negociación colectiva en las reformas laborales?
7. ¿Cuáles son los cambios más relevantes?
8. ¿Qué opinión tiene CONFEBASK sobre la regulación actual de las normas de conflicto para situaciones de concurrencia?
9. ¿Reformar esta regulación puede ofrecer seguridad jurídica a la negociación colectiva autonómica, provincial, sectorial y de empresa en el País Vasco y otras regiones del Estado?

10. ¿Está entre vuestros objetivos a corto o medio plazo participar en negociaciones para sustentar una reforma laboral que garantice la opción de mejorar las condiciones laborales mediante convenios colectivos de menor ámbito que el estatal en caso de concurrencia?

11. ¿Es factible en términos políticos?

12. ¿Cuál es la actualidad de CONFEBASK en la participación de la negociación colectiva?

13. Por último, ¿Cuáles son las preferencias de CONFEBASK para responder a la actualidad social que vivimos?

Transcripción de la entrevista:

Históricamente, la organización de la patronal en los Territorios Históricos Vascos se ha configurado provincialmente. La dictadura franquista consolidaba esta estructuración por la organización territorial del momento y el funcionamiento del sindicato vertical. Fue el periodo de la transición democrática cuando la Constitución de 1978 promovió un cambio drástico en la estructuración estatal y el reconocimiento de derechos, también en el ámbito de las relaciones laborales. Esta evolución supuso un nuevo escenario para los sindicatos que, con mayor seguridad jurídica, se reorganizaron adecuándose al nuevo escenario en transición. Las organizaciones empresariales vascas, arraigadas en sus territorios, identificaron una necesidad hasta entonces desconocida y relacionada con la nueva estructuración territorial que establecía la constitución. La creación del Gobierno Vasco suponía un nuevo interlocutor a nivel autonómico.

CONFEBASK responde a integrar y representar, en el marco de la CAV, la defensa de los intereses de las tres organizaciones patronales territoriales vascas, ADEGI, CEBEK y SEA, como interlocutor en las relaciones con el Gobierno Vasco y los sindicatos. Asimismo, es uno de los tres sujetos esenciales en la mesa de diálogo social para la concertación

de políticas públicas relacionadas con el ámbito laboral, como muestra su participación en la negociación de la reforma laboral de 2021. Además, CONFEBASK está integrada en CEOE, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales.

El hecho de que las organizaciones empresariales se estructuren a escala territorial, es decir, en cada provincia, ha influido en la negociación colectiva a nivel autonómico, siendo muy pocos los convenios negociados a dicho nivel y, no obstante, la gran mayoría los negociados a nivel provincial. La legitimidad de CONFEBASK para la negociación colectiva se limita al marco autonómico de relaciones laborales, y la autonomía de las patronales territoriales para negociar a nivel provincial hace que el papel que juega CONFEBASK en la negociación colectiva sea hoy en día muy limitado.

En la práctica, la negociación colectiva a nivel autonómico en la CAV es muy escasa, formada por convenios colectivos antiguos y muy relacionada a sectores estrechamente vinculados a la Administración pública, entre otros, la educación concertada y el servicio de ambulancias. Actualmente CONFEBASK no tiene firmado ningún convenio colectivo de ámbito autonómico. Cabe recordar que el artículo 88 del TRLET, permite a CONFEBASK, como organización empresarial más representativa de la CAV, negociar en sectores en los que no exista representación empresarial organizada, como en el sector de los Euskaltegis o trabajos de hogar, en los que CONFEBASK ha sido apelado por LAB en dos ocasiones en los últimos meses.

Otra de las labores fundamentales de CONFEBASK es la negociación de acuerdos interprofesionales a nivel autonómico, como muestra el alcanzado entre ELA, LAB, CCOO, UGT y CONFEBASK en 2017. Precisamente, se trata de un acuerdo producto de la evolución que ha sufrido la regulación de la negociación colectiva en el TRLET con las últimas reformas laborales.

CONFEBASK identifica la reforma laboral de 1994 como la predecesora de las reformas de 2011 y 2012, que son la causa fundamental de la normativa vigente que regula la configuración de las unidades de negociación, las opciones de convenir la estructuración de la negociación colectiva en diferentes niveles de negociación y las normas de conflicto para resolver situaciones de concurrencia.

El resultado de dichas reformas fue vaciar la negociación colectiva provincial, que gozaba de preferencia aplicativa desde la reforma de 1994 y que era el nivel más activo en la CAV, mediante la preferencia que se les reconoció a los convenios estatales y autonómicos ante los convenios provinciales en el artículo 83 TRLET y la preferencia del convenio de empresa del artículo 84 TRLET, como fruto de las reformas de Zapatero y Rajoy en 2011 y 2012. Estas reformas respondían por un lado a la desestructuración de la negociación colectiva producida por el principio de subsidiariedad introducido en la reforma laboral de 1994 y, por otro lado, a la necesidad de adecuarse a las consecuencias de una crisis económica desde un punto de vista de gestión de estado.

De esta manera, estas reformas son la razón fundamental del acuerdo interprofesional de 2017. La motivación de las partes, en este caso, es preservar el ámbito propio de negociación ante la estructuración estatal de la negociación colectiva. Nivel estatal que goza de preferencia aplicativa con opción de pacto prohibitorio para la negociación autonómica durante su vigencia y la capacidad de reservar exclusivamente materias concretas de negociación, vaciado de contenido la negociación colectiva a nivel autonómico y provincial.

CONFEBASK y ELA tienen abandonadas sus relaciones formales desde 2002. No obstante, cada cual desde la defensa de sus intereses e identificándose entre sí como contrapartes del conflicto social, coinciden en la necesidad de garantizar la negociación colectiva a nivel territorial.

El acuerdo interprofesional de 2017 es reflejo de esta voluntad, también sostenida por los demás sindicatos para responder a la situación producida por las últimas reformas laborales en la negociación colectiva provincial. Precisamente, CONFEBASK pretende garantizar opciones de negociación colectiva con garantías aplicativas en las provincias y en la autonomía por ser éstas su marco de actuación y territorio en el que entran en relación con los demás sujetos activos entendiendo que los convenios colectivos negociados por ellos se adecúan de mejor manera a las necesidades que derivan de la red de relaciones laborales en el País Vasco.

Por todo ello, CONFEBASK ve con buen ojo cualquier propuesta legislativa acordada por las partes que garantice la negociación colectiva provincial y territorial, aun en casos de concurrencia con convenios sectoriales estatales que se reserven materias o prohíban formar unidades de negociación a ese nivel. Comparte la necesidad de reformar el artículo 83 del TRLET para reconocerles prioridad aplicativa a los acuerdos interprofesionales ante los convenios colectivos sectoriales estatales y la reforma del artículo 84 de ese mismo cuerpo legal para regular que el principio *prior in tempore* se excepcione en el caso reconocido en el artículo 83 para los acuerdos interprofesionales.

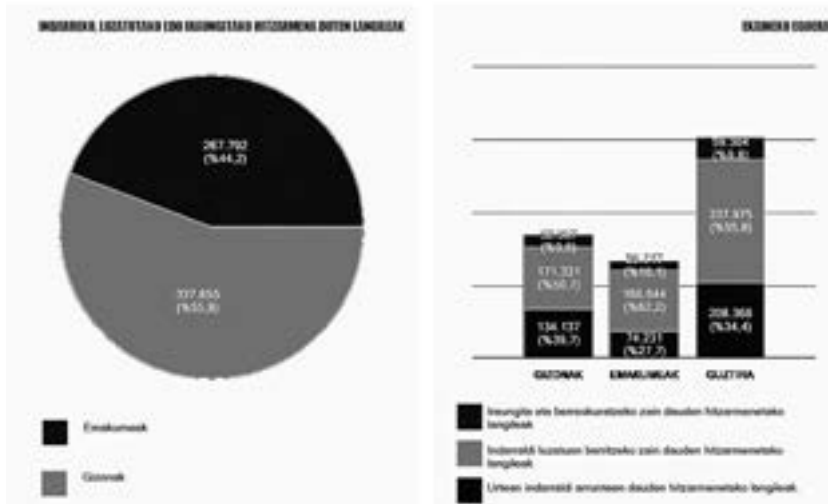
CONFEBASK entiende que su función y responsabilidad en la actualidad social supone participar activamente en el diálogo social y establecer relaciones con los sindicatos y el Gobierno Vasco para influir en las políticas públicas respondiendo a los retos que se nos presentan como sociedad. El envejecimiento acelerado de la población, la reducción de la población activa y la descoordinación entre los perfiles profesionales procedentes del sistema educativo ante las necesidades de perfiles profesionales en las empresas vascas, suponen retos importantes por abordar. De la misma manera, enfrentar los preocupantes datos del absentismo laboral y desarrollar estrategias para responder a las necesidades de empleabilidad del futuro son para CONFEBASK aspectos importantes que abordar cuanto antes.

7.2. Grafikoak

1. GRAFIKOA

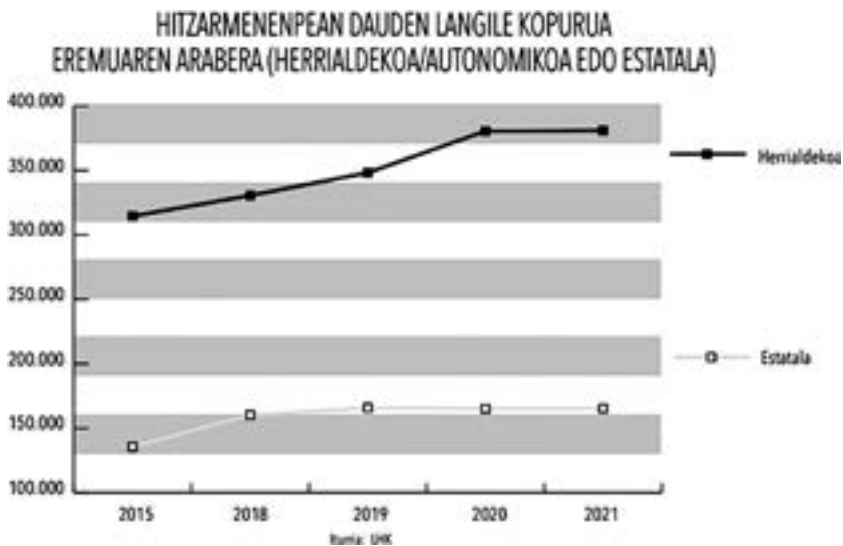
HITZARMEN KOLEKTIBOEN BABESA GENERO IKUSPEGITIK

NEGOZIAZIO KOLEKTIBOIA (II). ERAGINPEKO LANGILEAK SEXUAREN ARABERA

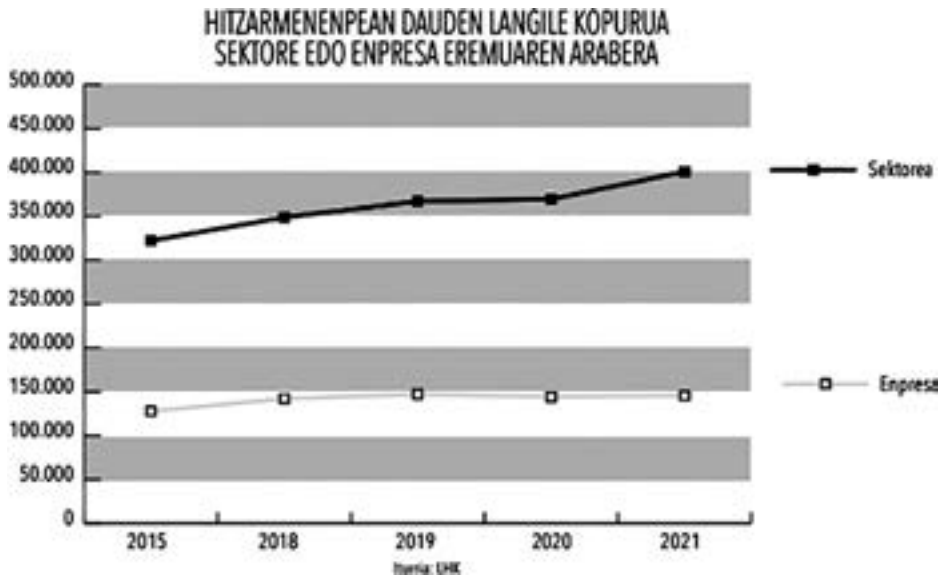


***Oharra:** ikerketa lanean zehar Euskal Lurralde Historikoetako sindikalgintzaren adierazpen gehiago jasotzeko saiakera egin den arren, CCOO, UGT eta CENekin ezin izan da elkarrizketarik burutu, borondatea izanda ere, ez baita aukerarik egon agenda eta egutegi kontuengatik.

2. GRAFIKOA

HITZARMENPEAN DAUDEN LANGILE KOPURUA SEKTORE EDO
ENPRESA EREMUAREN ARABERA

3. GRAFIKOA

HITZARMENPEAN DAUDEN LANGILE KOPURUA SEKTORE EDO
ENPRESA EREMUAREN ARABERA

B. GRAFIKOA (Taula):

HITZARMEN KOLEKTIBOAK EAEAN 2010ETIK 2019RA

Eustat

Hitzarmen kolektiboak Euskal AEn . 2010-2019

	Hitzarmen-kopurua	Lurralde historikoak				Enpresa-kopurua
		Araba/Nava	Bizkaia	Gipuzkoa	Enkidegoak	
2010	120	25	74	18	3	..
2011	135	53	50	29	3	9.035
2012	97	31	47	18	1	4.378
2013	278	55	139	76	8	10.930
2014	261	59	102	96	4	3.140
2015	192	30	82	76	4	1.963
2016	296	42	94	67	3	7.153
2017	235	53	96	78	8	3.172
2018	249	57	115	75	2	12.258
2019	216	42	98	68	8	3.989

Iturria: Eusko Jaurlaritzako Lan eta Justizia Saila. Lan estatistikak

Langile erasanak	Batez besteko soldata-gehiruntza (%)	Urteko batez besteko lanaldia
32.930	2,4	1.674
106.630	2,9	1.684
38.266	2,0	1.677
116.282	0,9	1.685
53.922	0,5	1.680
35.752	0,9	1.677
74.006	1,1	1.688
47.013	1,6	1.688
128.158	1,8	1.685
49.146	1,8	1.683

C. GRAFIKOA:

HITZARMEN KOLEKTIBOEN EGOERA EAEn, 2021

NEGOIAZIO KOLEKTIBOA (II). HITZARMENEN SEGIMENDUA (JARRAIPENA)

INDARRALDI ARDURTEKO HITZARMENAK URTEAN (2)											
	AZARA	IRAILA	URRATIA	URTARRILAKO URTEAN	URT. 01	URT. 02	URT. 03	URT. 04	URT. 05	URT. 06	URT. 07
HITZARMEN KOPURUA											
- Nazionalak	70	147	92	6	315	86	401				1.675
- Subnazionalak	4	6	7	3	20	41	61				453
- Guztira	74	153	99	9	335	127	462				2.131
HITZARMENEN LANTZULEZ											
- Nazionalak	6.718	16.889	9.664	472	33.743	16.696	50.439				301,9
- Subnazionalak	4.570	45.840	47.535	19.931	117.876	49.053	137.929				4.397,3
- Guztira	11.288	62.729	57.199	20.403	151.619	65.749	208.368				4.699,3
								2021-06			2021-06
											(milakotan)

URTEAN ERREGISTRATUTAKO HITZARMENAK											
	AZARA	IRAILA	URRATIA	URTARRILAKO URTEAN	URT. 01	URT. 02	URT. 03	URT. 04	URT. 05	URT. 06	URT. 07
HITZARMEN KOPURUA											
- Nazionalak	16	33	22	3	74	20	94				
- Subnazionalak	2	2	2	1	7	9	16				
- Guztira	18	35	24	4	81	29	110				
HITZARMENEN LANTZULEZ											
- Nazionalak	1.326	4.265	1.063	276	6.950	4.506	11.456				
- Subnazionalak	1.671	189	1.987	13.726	17.573	14.635	32.206				
- Guztira	2.997	4.474	3.050	14.002	24.523	19.141	43.664				
								2021-06			

(1) EAEn erregistratutako hitzarmen kopurua.
 (2) EAEn erregistratutako hitzarmen kopurua, hau da: EAEn erregistratutako eta EAEn erregistratutakoak ez diren erregistratutakoak.
 (3) Indarraldi ardurteko hitzarmenak, aldiak diruzkoak izan daitezke.
 (4) Erregistroaren bitartez hitzarmen baten berri ematen duen informazioa 2021eko ekainaren 31ko jarduera da. Hitzarmenak diruzkoak izan daitezke eta ondoren ekonomiko erregistratuak dira.

Iturria: Lan eta Ekonomia Sozialeko Ministerioa; Eusko Jaurlaritzaren Lan eta Enplegu Saila; LHK-k prestatua.

Genero-berdintasunaren errealitatea eta erronkak enpresa-esparruan: kooperatiben ekarpena^{*}

IRATI RICO FERNÁNDEZ

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

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 20/11/2022

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 22/05/2023

Laburpena: Laurogeita hamaika urte igaro dira Clara Campoamor-ek Kongresuan ondokoa esan zuenetik1: (...) “*legeak eman dizuen eskubidea duzue, zeuek —gizonezkook— egin duzuen legeak emandakoa, baina ez gizaki orori zor zaion errespetuan oinarritutako eskubide naturala, eta ondorenez, boterea bidegabe daukazue; utz ezazue emakumea agertzen eta ikusiko duzue orduz geroztik ezingo duzuela botere hori gehiago mantendu*”. Harrezkero, hainbat aurrerapauso eman dira emakume eta gizonen arteko berdintasunaren alde. Zalantza barik, 1978an, Espainiako Konstituzioak demokraziaren ateak ireki zizkigun, baina berriz ere, emakumeak isilpean utzi eta “Konstituzioaren aitez” aritzen gara maiz. Aitzitik, negoziazio prozesu hartan 27 emakume egon ziren buru belarri, euren ahotsa entzun zedin. Hala, abenduaren 6an egindako lehen irakurketa hartan, altu eta ozen entzun zen 14. artikulua: “Espainiarrak berdinak dira legearen arabera (...)”. Ostera ere, agerikoa da berdintasun hori ez dugula bete-betean lortu: aintzatespen formala bai erdietsi da, berdintasuna printzipio juridiko unibertsala bihurtu baita, baina berdintasun materiala edo erreala ez dago maila berean, sexuen arteko arrakala nabaria baita hainbat sektoretan, eta horixe da lan honetan zehar landu nahi izan den ideia, ikuspuntu juridikotik abiatuta, etorkizunerako erronkak eta jomugak ere aipatuz.

Gako-hitzak: genero berdintasuna; enpresa-esparrua; kooperatibak.

^{*} “Legelari gazteentzako Adrián Celaya Saria”ren VII. Edizioan saritutako lana, Akademia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2022 ean emana.

**La realidad y los retos de la igualdad de género en el ámbito empresarial:
aportación de las cooperativas**

Resumen: Han transcurrido noventa y un años desde que Clara Campoamor pronunció estas palabras en el Congreso: “*Tenéis el derecho que os ha dado la ley, la ley que hicisteis vosotros —los hombres—, pero no tenéis el derecho natural fundamental, que se basa en el respeto a todo ser humano, y lo que hacéis es detentar un poder; dejad que la mujer se manifieste y veréis como ese poder no podéis seguir detentándolo*”. Desde entonces, se han producido avances para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Sin duda, en 1978, la Constitución española abrió las puertas de la democracia, pero, una vez más, silenció a las mujeres y con frecuencia nos hablan de los “padres de la Constitución”. No obstante, en aquel proceso de negociación 27 mujeres trabajaron denodadamente para que se oyera su voz. Así, en la primera lectura del 6 de diciembre se oyó alto y alto el artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley (...)”. De nuevo, resulta evidente que esa igualdad no la hemos conseguido plenamente: se ha logrado el reconocimiento formal porque la igualdad se ha convertido en un principio jurídico universal, pero la igualdad material o real no se encuentra en el mismo grado. Así, la brecha entre los sexos es palpable en diferentes sectores, y este es la idea que se ha querido trabajar a lo largo de este trabajo, desde el punto de vista jurídico, señalando los retos y metas que nos restan por conseguir.

Palabras clave: igualdad de género; ámbito empresarial; cooperativas.

The reality and challenges of gender equality in the business sphere: contribution of cooperatives

Abstract: Ninety-one years have passed since Clara Campoamor pronounced these words in Congress: “*You have the right that the law has given you, the law that you made —men—, but you do not have the fundamental natural right, which is based on respect for every human being, and what you do is hold power; let women manifest themselves and you will see how you can no longer hold that power*”. Since then, progress has been made to achieve equality between women and men. Without any doubt, in 1978, the Spanish Constitution opened the doors of democracy, but, once again, it silenced women and we are often told about the “fathers of the Constitution.” Nevertheless, in that negotiation process, 27 women worked so that their voice could be heard. Thus, in the first reading on December 6, Article 14 was heard loud and loud: “The Spanish are equal at the law (...)”. Once again, it is evident that this equality is not we have fully achieved: formal recognition has been achieved because equality has become a universal legal principle, but material or real equality is not found to the same degree. Thus, the gap between the sexes is palpable in different sectors, and this is the idea that has been pursued throughout this work, from a legal point of view, pointing out the challenges and goals that remain to be achieved.

Key words: gender equality; business sphere; cooperatives.

AURKIBIDEA: LABURDURAK. I. SARRERA. II. GENERO-BERDINTASUNA ETA GIZARTE-EKONOMIA: KOOPERATIBEN BEREZITASUNA. (2.1.) Gizarte-ekonomiako erakundeak. (2.2.) Printzipio eta balio kooperatiboak. a) Interes Soziala. b) Genero-berdintasuna. III. GAUR EGUNGO EGOERAREN ANALISIA. (3.1.) Genero-berdintasunaren aldeko legegintza-ekimenak orokorrean. a) Espainian 1978ko Konstituzioa, 3/2007 Lege Organikoa, 6/2019 ED, Gobernu Onaren Kodea. b) Europa eta mundu mailan: EBFI, Genero Berdintasunerako Europako Ituna 2011-2020, Genero Ekintza Planak, Genero Berdintasunerako Konpromiso Estrategikoak eta Agenda 2030 ODS 5. 2. Espainiako enpresa-egituraren analisia. (3.3.) Euskal Autonomia Erkidegoa. IV. ETORKIZUNA: KOOPERATIBEN ERRONKAK GENERO-BERDINTASUNARI BEGIRA. V. ONDORIOAK. VI. BIBLIOGRAFIA ETA BESTE ITURRIAK. (6.1.) Bibliografia. (6.2.) Legeria. (6.3.) Jurisprudentzia. (6.4.) Bestelakoak.

LABURDURAK

BAI	Ekonomia Alternatibo eta Solidarioaren Sarea (REAS)
EASS	Euskal Autonomia Erkidegoa
EAE	Europar Batasuna EB
EBFI	Europar Batasunaren Funtzionamendurako ituna
ED	Errege Dekretua
EIN	Estatistikako Institutu Nazionala
EK	Espainiar Konstituzioa
EUSTAT	Euskal Estatistika Erakundea
GBAEI	Genero Berdintasunaren Aldeko Europako Ituna
GBEI	Genero Berdintasunerako Europako Institutua
GBKE	Genero Berdintasunerako Konpromiso Estrategikoa
GEE	Gizarte Ekonomiako Erakundeak
GEK	Gizarte Erantzukizun Korporatiboa
GEP	Genero Ekintza Plana
GEZKI	EHU-ko Zuzenbide Kooperatiboaren eta Gizarte Ekonomiaren Institutua
GJH	Garapen Jasangarrirako Helburuak
GOK	Gobernu Onaren Kodea
KA	Konstituzio Auzitegia
LEKEK	Lan Elkartuko Kooperatiben Espainiako Konfederazioa (COCETA)
LGEM	Lan eta Gizarte Ekonomiaren Ministerioa
LO	Lege Organikoa

MBNB	Merkatuen eta Balioen Nazio Batzordea
NAK	Nazioarteko Aliantza Kooperatiboa
NBE	Nazio Batuen Erakundea
Or.	Orrialdea
SKGOK	Sozietate Kotizatuen Gobernu Onaren Kodea

I. SARRERA

Laurogeita hamaika urte igaro dira Clara Campoamor-ek Kongresuan ondokoa esan zuenetik¹: (...) *“legeak eman dizuen eskubidea duzue, zeuek —gizonezkook— egin duzuen legeak emandakoa, baina ez gizaki orori zor zaion errespetuan oinarritutako eskubide naturala, eta ondorenez, boterea bidegabe daukazue; utz ezazue emakumea agertzen eta ikusiko duzue orduz geroztik ezingo duzuela botere hori gehiago mantendu”*. Harrezkero, hainbat aurrerapauso eman dira emakume eta gizonen arteko berdintasunaren alde. Zalantza barik, 1978an, Espainiako Konstituzioak demokraziaren ateak ireki zizkigun, baina berriz ere, emakumeak isilpean utzi eta “Konstituzioaren aitez” aritzen gara maiz. Aitzitik, negoziazio prozesu hartan 27 emakume egon ziren buru belarri, euren ahotsa entzun zedin. Hala, abenduaren 6an egindako lehen irakurketa hartan, altu eta ozen entzun zen 14. artikulua: “Espainiarrak berdinak dira legearen arabera (...)”. Ostera ere, agerikoa da berdintasun hori ez dugula bete-betean lortu: aintzatespen formala bai erdietsi da, berdintasuna printzipio juridiko unibertuala bihurtu baita, baina berdintasun materiala edo erreal ez dago maila berean, sexuen arteko arrakala nabaria baita hainbat sektoretan, eta horixe da lan honetan zehar landu nahi izan den ideia, ikuspuntu juridikotik abiatuta, etorkizunerako erronkak eta jomugak ere aipatuz.

Gauzak horrela, eta urteetan zehar emandako aurrerapauso ezberdinak hizpide harturik, gaur egun enpresa-esparruan dugun egoera aztertu dut lan honetan zehar, azpimarra gizarte-ekonomiako erakundeetan, eta zehatzago esanda, kooperatibetan jarrita, printzipio eta balio berezi batzuetatik abiatuta, genero-berdintasunerako esparru berezia ekar dezaketelako. Horren eretzean, gizarte-ekonomiako erakundeek, eta bereziki kooperatibek, kapital sozietateekin alderatuta izan ditzaketen abantailak

¹ CAMPOAMOR RODRÍGUEZ, C. E., Espainiako Errepublikako Gorte Nagusien saioen egunkaria, 1931, III. liburukia, 48. zk., 1553. or.

azpimarratu nahi izan ditut, euren idiosinkrasia dela eta emakumeen ahalduntzea sustatzeko dituzten aukerak aldarrikatuz.

Datueta jola, “kristalezko sabai” terminoa 1986an sortu zen, Wall Street Journal-en eskutik. Alabaina, Espainian, ikusiko dugunez, Emakumeen eta Gizonen Berdintasunerako Legea ez zen 2007rarte onetsi. Egia da bitartean bestelako ekimen batzuetara atxiki izan zela Espainia, CE-DAW- Emakumearen aurkako diskriminazio mota guztiak ezabatzeari buruzko konbentzioa- kasu. Hala ere, horrek ez zuen saihestu genero-desberdintasuna gure gizarteko enpresa-esparruan barneratzea, eta emakumeak administrazio-kontseiluetara heltzeko arazo larriak izatea. Hori dela eta, IBEX-35ean dauden emakumeen ehunekoa %25era heltzen da ozta-ozta. Kontrara, kooperatibek datu horiek modu nabarian hobetu dituzte, eta beraz, euren eredia jarraitzea izan daiteke genero-berdintasuna aldarrikatu eta bermatzeko abiapuntu aproposa. Guztiarekin, egoera honi aurre egiteko, edo hobe esanda, irtenbide bat proposatzeko, azken urteetan onetsitako lege-ekimenak eta erdietsitako helburuak hartu dira kontuan, egun izan ditzakegun aukerak jorrazteko.

Hori guztia azaldu eta aztertzeke, gaiaren inguruko lege-testu, arau eta ekimen desberdinetan murgildu ez ezik, eskuliburu eta artikulu esanguratsuenak ere jorratu ditugu. Informazio guztia landu ostean, Gradu Amaierako Lan hau hiru atal nagusitan egituratu dugu: hasteko, lehenengo kapituluan, gizarte-ekonomiaren berezitasuna zertan datzan jorratu dugu; bigarren kapituluan, berriz, gaur egungo egoeraren analisi bat egin da, bai lege-ekimenak kontuan harturik, bai azkenengo datuen errealitatea zein den aintzakotzat hartuz; azkenik, hirugarren kapituluan, etorkizunari begira kooperatiben esparruan planteatzen diren erronkak eta bidera daitezkeen egitasmo batzuk proposatuko dira. Halaber, lana borobiltzeko zenbait ondorio mahaigaineratuko dira.

II. GENERO-BERDINTASUNA ETA GIZARTE-EKONOMIA: KOOPERATIBEN BEREZITASUNA

2.1. Gizarte-ekonomiako erakundeak

Gizarte-ekonomiako enpresak, pertsonaren balioespenean eta kapitalaren gainetik dagoen ingurune batean oinarrituta dauden enpresa-erakunde demokratikoak dira.

Idea hau Gizarte Ekonomiari buruzko 5/2011 Legean² berresten da, 2. artikuluan, hain zuzen ere. Honen aburuz, gizarte-ekonomiako erakundeak izango dira da 4. artikuluko printzipioen arabera, interes kolektiboa, interes orokor ekonomiko edo soziala, ala biak batera eremu pribatuan biltzen dituzten erakundeak, euren jarduera ekonomikoa gauzatu bitartean.

DE LA SAGRA³-ren hitzetan “La economía social, debe ocuparse, a mi modo de ver, de los medios de mejorar la situación material y moral del pueblo, o mejor dicho, es la ciencia del progreso social”. Horrenbestez, gizarte-ekonomiako erakundeen xede nagusia gizartearen bizi-kalitatea hobetzea dela esan genezake, horretarako, ekonomia eta eraldaketa soziala uztartzen duten heinean.

Lege horren 5. artikulua hurrengoak sailkatzen ditu gizarte-ekonomiako erakunde moduan: kooperatibak, mutualitateak, fundazioak eta elkarteak, jarduera ekonomikoa gauzatzen baldin badute, baita lan-sozietateak, arrantzaleen kofradiak, enplegu zentro bereziak edo eraldaketarako nekazaritza-sozietateak ere. Ikusten denez, ez dago zerrenda itxi

² Martxoaren 29ko 5/2011 Legea, Gizarte Ekonomiari buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 76.zk., 2011ko martxoaren 30ekoa, 5708. or.

³ DE LA SAGRA, R., *Lecciones de Economía Social*. Madril: Imprenta de Ferrer y Compañía arg., 1840, hurrengo aldizkaritik hartuta: *REIS Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1999, 88. zk., 282-283. orr.

bat, hots, legeak *numerus apertus* zerrenda ezartzen du. Ideia hau, ARRIETA IDIAKEZ⁴-ek azaldu duen moduan, ondoko bi xedapenetan oinarritzen da:

- Alde batetik, gizarte-ekonomiako erakundeak izango dira 4. artikuluan ezarritako orientazio-printzipioei jarraiki eratu diren erakundeak. Hala, autoreak adierazi duen moduan, xedapen hau jada erabili izan da Espainiako Itsuen Erakundeak (EIE) gizarte-ekonomiako erakunde legez kalifikatzeko.
- Bestetik, gizarte-ekonomiaren barne egongo dira jarduera ekonomikoa gauzatzen duten erakundeak, baldin eta euren funtzionamendu arauak 4. artikuluko orientazio-printzipioei men egiten dieten eta 8. artikuluko erakunde zerrendan sar daitezkeen.

Edonola ere, kooperatibak dira aipatutako erakundeen artean, tradizio eta garrantziarik handiena dutenak. Izan ere, gizarte-ekonomian funtsezko zeregin bat izan dute betidanik, eurak izan baitira gizartean eragina duten garapen ekonomikoaren eragileak, eta sektore ekonomiko ugarietan dira ikusgai. Halaber, kooperatiben eginkizuna esanguratsua da, ekitate sozialean eta berdintasunean oinarritutako hazkundera lortzeko jarduten baitute, merkatuak, sektore publiko zein pribatuak gizartearen eta zenbait talde ahulen beharrak asetzeko dagoen ezintasuna kontuan hartuz.

Horrenbestez, kooperatibak printzipio eta balio konkretu batzuen menpe dihardute, eta ezaugarri horrek berorrek ahalbidetuko du genero-berdintasunaren esparruan ere ekarpen eta aukera bereziak eskaini ahal izatea. Ikus ditzagun, bada, printzipio eta balio horiek zehatzago.

⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Concreción de las entidades de la economía social”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*. 2017, 116. zk., 38. or.

2.2. Printzipio eta balio kooperatiboak

a) *Interes Soziala*

Esan bezala, kooperatibek euren baitan daramatzate printzipio eta balio kooperatibo batzuk, kooperatiba legez kalifikatzeko errespetatzea ezinbestekoak direnak. Hurrengo atalean printzipio eta balio hauek sakonago aztertuko dira genero-ikuspegiarekin erkatuz, hala ere, atal honetan printzipioetako bat, hots, komunitatearenganako interesa edo interes soziala, jorratu nahiko nuke, gai honetan duen garrantzia dela eta.

Interes soziala, Nazioarteko Aliantza Kooperatiboaren esanetan (hemendik aurrera, NAK), kooperatibek euren komunitateen garapen iraunkorraren alde lan egitean datza, kideek onartutako politikak sustatu bitartean. Hala ere, interes sozialaren kontzeptua ez dago juridikoki definituta, eta doktrinaren barruan bateragarritasun eza ageri da. Hala, VILLAFANEZ PÉREZ⁵-ek adierazi duen moduan, korronte ezberdin bi azpimarratu ditzakegu:

- Alde batetik, teoria kontraktualistak daude, doktrina eta jurisprudenziak babestu dituztenak. Teoria hauen muina erakundearen kontratua da, bazkideen interes orokorra (bazkide guztien interesen batura) eta interes soziala modu orokor batean identifikatuz. Teoria hau kapital sozietateetan aplikatuz gero, interes orokorra irabaziak lortzea dela ondorioztatu dezakegu.
- Bestetik, teoria instituzionalistak erakundearen antolakuntza hartzen dute abiapuntu legez. Izan ere, euren ustetan, interes soziala ez da bakarrik bazkide guztien interesen batu-

⁵ VILLAFANEZ PÉREZ, I., “Principios y valores cooperativos, igualdad de género e interés social en las cooperativas”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de economía social y cooperativa*. 2017, 30. zk., 4, 5 orr.

ra; ekuazio horretan, erakundearekin harremanak dituzten gainerako subjektuen interesak sartzea ezinbestekoa baita (hartzekodunak, bezeroak, Administrazio publikoak...). Hala, kooperatibetako organoek hartutako erabakiek hirugarrenengan eta gizartearengan bere osotasunean izan dezaketenen eragina azpimarratzen dute.

Teoria kontraktualista nagusitzen den arren, SENENT VIDAL⁶-ek aitortu duenez, kooperatiben definiziotik [“(...) enpresa bat garatzen duen sozietatea, zeinaren lehentasuneko helburua baita bere kideen jarduera ekonomiko eta sozialak sustatzea eta haien beharrak beren partehartze aktiboaren bitartez asetzea, kooperatibismoaren printzipioak betez eta inguruko komunitateari erantzunez⁷”] eta elkarrekiko laguntzaren baliotik ondorioztatu dezakegu helburu mutualista dela bazkideen xedea kooperatiba eratzeke unean. Izan ere, hura lortzea kooperatibaren interes sozialaren oinarria baita.

Horrenbestez, mutualitatea kooperatiben kontratuaren karia izanda, hirugarrenen interesak erakunde hauen interes sozialetik at geratuko lirateke.

b) *Genero-berdintasuna*

Arestian aipatutako interes sozial horren baitan genero-berdintasuna kokatu dezakegu, batez ere atxikimendu librearen eta antolamendu demokratikoaren printzipioekin bat datorrelako. Gainera, berdintasuna eta ekitatea ere, kooperatiben idiosinkrasian errotuta dauden balioak dira. Haatik, komenigarria liteke printzipio kooperatiboen analisi berri bat egitea genero-perspektibaren begiradapean.

⁶ SENENT VIDAL, M. J., “El concepto de interés social en la cooperativa”. *Revista de Derecho Mercantil*. 2002, 244. zk., 710. or.

⁷ Abenduaren 20ko 11/2019 Legea, Euskadiko Kooperatibena, 1. artikulua. Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkariaren 247. zk., 2019ko abenduaren 30ekoa, 5891. or.

Zoritxarrez, genero-berdintasuna emakumeon arazo bat bezala aintzatsita dago gure gizartean. Genero-perspektibak egoera hau iraultzeko aukera paregabea eskaintzen digu. Perspektiba hau, POYATOS I MATAS⁸ magistratuaren hitzetan, analisirako tresna edo mekanismo inklusibo bat da, helburu duena emakumeen eta gizonen arteko desberdintasunaren fenomenoazaltzea. Halaber, genero-perspektibak politika “neutralak”, jada existitzen diren genero-desberdintasunak sendotzen dituztenak, indargabetzen ditu berdintasuna *de facto* lortzeko estrategia nagusi bihurtuz. Horretaz gain, genero-perspektibak interseksionalitatearen aplikazioa ahalbidetzen du, generoaz gain bestelako diskriminazio faktoreek duten eragina aztertzeko. Azken batean, generoa ez da berdintasuna oztopatzen duen faktore bakarra.

Aipatu bezala, kooperatiben egitura dela eta, genero-berdintasuna gerta dadin zenbait erraztasun existitzen dira; arean ere, ideia hau NAK-k berretsi zuen 2010ean. Horretaz gain, SENENT VIDAL⁹ doktorearen iritziz, egoera hau printzipio kooperatiboek duten garrantzian oinarritzen da. Izan ere, printzipio kooperatiboek berrinterpretazio baten bidez kooperatiba bat nolakoa izan beharko litzatekeen ondorioztatu dezakegu. Eta hori berori izan da autoreak bultzatu duen ideia printzipio kooperatiboak genero-perspektibarekin erkatzerakoan, jarraian azalduko den moduan¹⁰.

⁸ POYATOS I MATAS, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”. *iQual. Revista de Género e Igualdad*. 2019, 2. zk., 2. or.

⁹ SENENT VIDAL, M. J., “¿Cómo pueden aprovechar las cooperativas el talento de las mujeres? Responsabilidad Social Empresarial e igualdad real”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*. 2011, 105. zk., 68. or.

¹⁰ *Idem*, 69, 70- or.

PRINTZIPIO KOOPERATIBOA	BALIO KOOPERATIBOA	GENERO-PERSPEKTIBA
<p>1. Atxikimendu askea eta irekia</p> <p>Kooperatibak borondatezko erakundeak dira, euren zerbitzuak erabiltzeko gai diren eta bazkide izateko erantzukizunak onartzeko prest dauden pertsona ororentzat irekita daudenak, inolako gizarte-, politika-, erlijio-, arraza- edo sexu-diskriminaziorik gabe.</p>	<p>1. Elkarri laguntzea</p> <p>Taldelana eta elkarkidetzatza bultzatu.</p>	<p>Egun dauden arazoak:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Emakumeek bazkide izateko eta besteren kontura lan egiteko dituzten zailtasunak. • Bazkide izateko behar diren ondasunen titulartasunik eza.
<p>2. Bazkideen kudeaketa demokratikoa</p> <p>Kooperatibak bazkideek demokratikoki kudeatzen dituzten erakundeak dira, ekimenak sustatzen eta erabakiak hartzen modu aktiboan parte hartzen dutenak. Ordezkaririk kudeaketaren arduradun eta bazkideen aurrean erantzule dira. Lehen mailako¹¹ kooperatibetan “bazkide bat boto bat” printzipioa jarraitzen dute. Gainerakoetan ere modu demokratikoan jarduten dute.</p>	<p>2. Erantzukizuna</p> <p>Konpromiso bat dute, zeinen bitartez, euren xede edo helburua betetzeko jarduera batzuk gauzatuko dituzte.</p>	<p>Emakumeak kargu eta organoetara heltzeko ondoko alorretan oztupo ikusezinak daude:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gobernu korporatiboan • Zuzendaritzan • Ordezkaritzan • Kontsultiboetan

¹¹ Lehen mailako kooperatibak: kooperatiba arruntak Bigarren mailako kooperatibak: kooperatibez osatutako kooperatibak (MCC)

<p>3. Bazkideen parte-hartze ekonomikoa</p> <p>Bazkideek ekitatez laguntzen dute kooperatibaren kapitalari eta hura modu demokratikoan kudeatzen dute. Kapital horren zati bat, gutxienez, kooperatibarena da (jabetza erkidea). Normalean, halakorik badago, bazkideek emandako kapitalaren truk konpentsazio mugatu bat jasotzen dute, bazkide izateko baldintza gisa. Bazkideek honako helburu guztietarako edo batzuetarako esleitzen dituzte soberakinak: kooperatibaren garapenerako erreserben bidez; bazkideen mesederako, kooperatiban egindako eragiketen arabera, besteak beste.</p>	<p>3. Demokrazia</p> <p>Bazkideak dira kooperatibaren kudeatzaileak, hots, euskarriak.</p>	<p>Honako hau eskatzen da:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Emakumeek kooperatibaren kapitalari egin ditzaketen ekarpenak erraztea. • Emakumeen parte hartzea sustatzea baliabide ekonomikoen kontrolean eta ekimen politikoen finkapenean [kudeaketa eta zuzendaritza organoetarako (2. Printzipioa) eta formazio teknikoetarako (5. Printzipioa) duten sarbidearekin lotua]. • Soldata-arrakala gainditzen saiatzea.
--	---	---

<p>4. Autonomia eta independentzia</p> <p>Kooperatibak bazkideek kudeatzen dituzten autolaguntzako erakunde autonomoak dira. Hortaz, beste erakunde batzuekin akordioak sinatzen badituzte (gobernuak barne), edo kapitala lortzen badute kanpo iturri batetik, bazkideen kontrol demokratikoa bermatuz egiten dutela ziurtatu behar dute, autonomia kooperatiboa gal ez dadin.</p>	<p>4. Berdintasuna</p> <p>Eskubide eta eginbehar berdinak.</p>	<p>Kooperatiben autonomia indartzeak emakumeen autonomia ere indartzea ekarri behar du. Horretarako, honako ekimenak susta behar dira:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Emakumeen independentzia ekonomikoa. • Emakume eta gizon kooperatibisten bizitza soziala, familiarra eta lanekoa uztartzea.
<p>5. Heziketa, formazioa eta informazioa</p> <p>Kooperatibek heziketa eta prestakuntza eskaintzen diete euren bazkide, ordezkari, zuzendari eta langileei, kooperatibaren garapenean modu eraginkorrean lagundu dezaten. Horren bitartez, kooperazioaren nondik norakoen eta onuren berri ematen diote gizarteari, baina batez ere gazteei eta liderrei.</p>	<p>5. Ekitatea</p> <p>Bazkidea tratatzeko irizpidea.</p>	<p>Emakume kooperatibistek premia eta oztopo bereziak dituzte hezkuntza, formazioa eta informazioa eskuratzeko, eta mugimendu kooperatiboak erantzun bat eman beharko lieke. Hori dela eta, kooperatibek sexuaren aldagaia sartu beharko lukete datuak aztertu eta heziketa antolatzeko.</p>

<p>6. Kooperatiben arteko kooperazioa</p> <p>Kooperatibek euren bazkideen alde jardungo dute ahalik eta modu eraginkorrean, eta mugimendu kooperatiboa indartzen dute elkarlana bultzatzeko, tokiko, eskualdeko eta nazioarteko harreman egitura ezberdinen bidez.</p>	<p>6. Elkartasuna</p> <p>Guztien interesak du garrantzia.</p>	<p>Beharrezkoa da emakume kooperatibistek euren elkargune-sareak izatea, eta hau mugimendu kooperatiboko erakundeen lehentasuneko helburua izan beharko litzateke.</p>
<p>7. Gizartearekiko interesa</p> <p>Kooperatibek euren komunitatearen garapen iraunkorraren alde egiten dute lan, bazkideek onartutako ekimen eta politiketan oinarrituta, betiere.</p>	<p>7. Zintzotasuna</p> <p>Jarduerak etikoak izan behar dira, zuzentasunez burutuak eta usadio onei jarraiki gauzatutakoak.</p>	<p>Ezinbestekoa da honako hau:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Balio solidario eta parte-hartzaileak transmititu bitartean, genero-berdintasunaren aitorpen eta sustapena. • “Komunitate” kontzeptua emakume kooperatibisten errealitate hurbileneraino heldu behar da, hots, euren senide eta etxeetaraino (kontziliazioa).
	<p>8. Gardentasuna</p>	
	<p>9. Gizarte-bokazioa</p>	

Autoreak analisi hau 2011n egin zuen arren, bistan da gaur egun, nahiz eta hainbat aurrerapen egon, genero-berdintasuna ez dela lortu, edo ez guztiz behintzat. Aitzitik, doktoreak printzipio kooperatiboen eta genero-perspektibaren artean egindako konparaketa beste eremu batzuetara hedatu da, genero-perspektibak edozein egoera aztertzeke balio duela erakutsiz.

Honen adibide da Eusko Legebiltzarrak 2022ko martxoaren 3ko osoko bilkuran onartu zuen ekimena: Emakumeen eta Gizonen arteko Berdintasunaren Legearen bigarren aldaketa egiteko lege-proiektua¹².

Proiektua 2020ko azaroan aurkeztu, eta orain dela gutxi onartu da. Onartu diren aldaketen artean, genero-perspektibaren aplikazio edo inklusioa dago. Hala, artikulua ugaritan zehar aipatzen da, batez ere administrazio publiko edo lan eremu ezberdinetan hura aplikatu dadin, eta egon daitezkeen ezberdintasunak deuseztatu daitezken. Gauzak horrela, legearen 3. artikuluan (xedapen orokorrak) genero-ikuspegiaren integrazioa printzipio orokor bezala agertzen da:

“Euskal botere publikoek genero-ikuspegia txertatu behar dute politika eta ekintza guztietan, horietan guztietan ezar dadin helburu orokorra: berdintasun- ezak ezabatzea eta emakumeen eta gizonen berdintasuna sustatzea.

Lege honen ondorioetarako, hau da genero-ikuspegia txertatzea: sistematikoki kontuan izatea emakumeen eta gizonen egoera, baldintza, jomuga eta beharizan desberdinak, eta, horretarako, berdintasun-ezak ezabatzeko eta berdintasuna sustatzeko xedea duten helburu eta jarduketara espezifikoak gehitzea politika eta ekintza guztietan, maila guztietan eta horiek planifikatzeko, exekutatzeko eta ebaluatzeko fase guztietan”.

¹² Emakumeen eta Gizonen arteko Berdintasun Legearen bigarren aldaketa egiteko lege-proiektua https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune_descargar/default/308686c6-7d89-4e78-88ab-941831e0caa8 (azken kontsulta 2022/03/04).

Laburbilduz, kooperatibek euren idiosinkrasian hainbat onura eta aukera dituztela agerikoa da, eta horiek aprobetxatzea genero-berdintasuna lortzeko aukera paregabea dela ere ukazina da. Hala ere, oraindik gauza asko egiteke daude, abantailak egon arren, kooperatibetan ere desberdintasun-egoerak ematen direlako, eta ondorengo urteotan horietan lan egitea izango da kooperatiben erantzukizuna eta erronka.

Aitzitik, jarraian aztertu beharrekoa da ia idiosinkrasia honek benetako emaitzak dakartzan, hots, ia gizarte-ekonomiako erakundeek, batez ere kooperatibek, gainerako sozietateekin alderatuz, aurrerapenak izan dituzten eta euren baitan berdintasuna ezarri eta genero-isuria ezabatu duten, emakumeen ahalduntzea eta lidergoa sustatuz.

III. GAUR EGUNGO EGOERAREN ANALISIA

Kooperatiben gaur egungo egoera aztertu baino lehen, azken urteotan bultzatu diren genero-berdintasunaren aldeko ekimenak aztertuko ditugu. Bestela esanik, lehenengo esparru teorikoa aztertuko dugu, bostere legegileak sustatutako lege, dekretu eta bestelako ekimenak aztertuz. Ondoren, esparru teoriko horren alde praktikoa edo erreala jarriko dugu mahai gainean, ekimen horien helburuak azken urteetan lortutako datuekin alderatuz, ekimenen baliozkotasuna edo eraginkortasuna aztertu, eta dagozkion ondorioak ateratzeko.

3.1. Genero-berdintasunaren aldeko legegintza-ekimenak orokorrean

a) *Espainian 1978ko Konstituzioa, 3/2007 Lege Organikoa, 6/2019 ED, Gobernu Onaren Kodea*

Berdintasuna edo ekitatea, gure ordenamendu juridikoaren abiapuntu eta jomuga izan da betidanik, eta gaur egun ere bere horretan jarraitzen

du. Gauzak horrela, jarraian Estatu mailan garatutako legegintza-ekimen esanguratsuenak ekarriko ditugu hizpidera.

Lehenengo eta behin, Espainiako Konstituzioa (1978) aipatu behar dugu. Berdintasuna printzipio konstituzional bat da, ondoko artikulua hauetan aipatzen dena: 1. artikulua berdintasuna aldarrikatzen du ordenamendu juridikoko funtsezko balio gisa; 9.2 artikulua berriz, botere publikoek gizabanakoaren eta hura osatzen duten taldeen berdintasuna benetako eta eraginkorra izan dadin eman behar dituzten baldintzen sustapena azpimarratzen du; 14. artikulua berdintasuna eta sexu bereizkeriarik ez jasateko eskubidea aldarrikatzen du; azkenik, 35. artikulua lan egiteko eskubidea aitortzen du, behar adinako ordainsaria jasoz, eta sexu-arrazoiengatik diskriminaziorik jasan barik. Ondorioz, GAMINDE EGIA¹³-k planteatu duen moduan, Konstituzioak berdintasunaren ikuspegi tridimentsionala jasotzen du: alde batetik, berdintasuna ordenamendu juridikoaren balio nagusi gisa; bestetik, berdintasuna botere publikoek euren eskumenak gauzatean jarduteko printzipio legez; eta, azkenik, berdintasuna eskubide subjektibo gisa, bai arraza edo sexuagatiko diskriminaziorik eza jasotzeko eskubidea bezala, zein diskriminaziorik gabeko lanerako eskubide gisa.

Arestian aipatutako artikulua horien aplikazioa ulertzeko, ezinbestekoa da KA-ren 38/1981 epaia, azaroaren 23koa¹⁴, aipatzea, berdintasunerako eskubideari eta sexuagatiko bereizkeriarik ezaren printzipioari buruzkoa. Hori izan zen genero-berdintasuna jurisprudentzian lantzeko aurrerapausoa eman zuen lehen epaia, baina gaur egun ere halako epaiak oso ohikoak dira: KA-k sexuagatiko diskriminazio zuzena eta ez-zuzena jo-

¹³ GAMINDE EGIA, E., “El empoderamiento de la mujer en el cooperativismo vasco del siglo XXI”. Ondoko lanean: GADEA SOLER, E. eta ARRIETA IDIAKEZ, F.J., *La Sociedad Cooperativa Como Instrumento para Contribuir a la Integración Social y Laboral*. Madril: Dykinson argitaletxea, 1. edizioa, 2020, 232, 233. orr.

¹⁴ KA 38/1981 Epaia, azaroaren 23koa, Ref.VLex.

rratu du 71/2020 eta 153/2021 epaietan¹⁵, hurrenez hurren. Hala, eta Lorenzo RODRIGUEZ-ARMAS¹⁶-en hitzetan, berdintasuna da auzitegiek zuzenean aplikatu behar duten eskubidea, EKren 1, 9.2 eta 14 artikulua modu egokian bete daitezten. Halaber, autoreak azpimarratu duenez, alor honetan ematen diren epai gehienak lan-arloko gatazkak ebaztera mugatzen dira, babes-errekurtsoaren bidez. Aitzitik, epai hauen bitartez, KA-k eskubide honen aplikazio judiziala interpretatzeko¹⁷ zerginari ekin dio, bestelako auzietan aplikagarria izan eta berdintasuna une oro bermatuta egon dadin.

¹⁵ KA 153/2021 Epaia, irailaren 13koa, Ref. Iberley

KA 71/2020 Epaia, ekainaren 29koa, Ref. Vlex

3/2007 LOren 6. artikuluan, horrela definitzen dira diskriminazio zuzena eta ez-zuzena: Sexuagatiko diskriminazio edo bereizkeria zuzena egongo da, pertsona bat, sexuaren arabera, antzeko egoeran dagoen beste pertsona bat baino modu txarragoan tratatzen denean, tratatu denean edo tratatu daitekeenean.

Aldiz, sexuagatiko diskriminazio edo bereizkeria ez-zuzena egongo da itxuraz neutroa den xedapen, irizpide edo eginera batek sexu bateko pertsonak beste sexuko pertsonetiko desabantailan jartzen dituenean, salbu eta xedapen, irizpide edo eginera hori objektiboki justifika daitekeenean helburu legitimo bati jarraiki eta helburu hori lortzeko bitartekoak beharrezkoak eta egokiak direnean.

¹⁶ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”. *Anuario jurídico y económico escorialense*, 2007, 40. zk., 188. or.

¹⁷ Interpretazio lan horretan zehar KA-k bi irizpide edo interpretazio korrante garatu ditu: parekatzailea eta konpentsatzailea. Jurisprudentzia parekatzaileak zuzeneko eta zeharkako diskriminazioei erantzuten die, non eztabaidatutako egintza sailkatu edo ezberdintzeko sexua kontuan hartu den; sailkapen hori baztertu egin behar da aurreiritzietan oinarrituta dagoelako eta beraz, diskriminazioaren susmagarritzat jotzen delako. Aitzitik, jurisprudentzia konpentsatzaileak “Berdintasun testa” deritzona gehitu du. Honen bitartez, neurri paternalistak edo ustezko babes ematen zutenak, emakumeen aukera-berdintasuna sustatzeko neurri edo ekintza positiboetatik bereizten dira.

Horretaz gain, martxoaren 22ko 3/2007 LO¹⁸ aipatu beharra dago, gizonen eta emakumeen arteko berdintasun eragingarria lortzekoa. Lege hau Europako bi zuzentarauen transposizioaren ondorioz jaio zen (2002/73/EE eta 2004/113/EE), eta berdintasunaren eta diskriminaziorik ezaren printzipioari buruzko araudi erreferentea bilakatu zen. Lege aitzindaria izan da genero-berdintasunaren esparruan, eta hainbat aurrerapauso eman zituen bere garaian, besteak beste, sexu-jazarpena eta sexuan oinarritutako jazarpena debekatzea edo haurdunaldi eta amatasunagatiko diskriminazioa debekatzea, besteak beste. Halaber, arlo zibil, ekonomiko, sozial eta kulturalean politika aktiboak aurreikusi zituen, berdintasun printzipioa eraginkorra izan zedin. Enpresa munduaren egoerari erreparatzeko, lege honen III kapitulua eta VII titulua hartuko ditugu kontuan:

Lehenengoari dagokionez, enpresek izan behar dituzten berdintasun-planak xedatzen ditu, 45. artikuluan, hain zuzen ere. Hala ere, xedapen horiek aldaketak jasan dituzte; izan ere, 6/2019 Errege Lege Dekretuaren¹⁹ 1. artikulua berdintasun plan bat onesteko betebeharra zabaldu egiten du. Hots, hasiera batean, 250 langile baino gehiago zituzten enpresek, soilik, zuten berdintasun-plana onesteko betebeharra; aitzitik, dekretuaren ondorioz, 50 langile baino gehiago dituzten enpresa orok izango dute berdintasun plan bat onetsi eta erregistratzeko betebeharra.

Bigarrenak berriz, enpresen erantzukizun korporatiboa xedatzen du, berdintasuna lortzeko egitasmoak barneratu ditzaten. VII tituluak ondoko egitasmoak jasotzen ditu emakumeen eta gizonen arteko berdintasune-

¹⁸ Martxoaren 22ko 3/2007 Lege Organikoa, Emakumeen eta Gizonen arteko Berdintasun Efektiboa lortzekoa, III kapitulua eta VII titulua. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 71. zk., 2007ko martxoaren 23koa, 6115 or.

¹⁹ Martxoaren 1eko 6/2019 Errege Lege Dekretua, enpleguaren eta okupazioaren arloan emakumeen eta gizonen arteko tratu- eta aukera-berdintasuna bermatzeko premiazko neurriei buruzkoa, 1. artikulua. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 57. zk., 2019ko martxoaren 7koa, 3244 or.

rako eskubidea eraginkorra izateko neurri zehatz gisa: enpresek berdintasunaren arloko erantzukizun sozialeko ekintzak sustatzeko aukera (73 art.); ekintza edo egitasmo horiek publizitate-helburuekin erabiltzea (74 art.) eta azkenik, emakumeek merkataritza-sozietateetako administrazio-kontseiluetan parte hartzea (75 art.). APILLUELO MARTIN²⁰ autoreak, titulu honen analisi sakon bat egin du, haren alde onak eta txarrak alde-ratuta. Labor-zurrean esanda, bere iritziz ekimen horien hautazko izaerak, euren eragingarritasuna mugatzen du. Hortaz, egitasmo hauek azaleratzen badira, borondatezkoak izateari utziko diote, eta gizartearekin konprometitutako enpresa-ekintza izango dira. Gainera, Estatuak nolabait babestu beharko lituzke ekintza horiek, enpresentzako ondorio positiboak ekarriko lituzketelako. Babes arauemailea emateko aukera juridikoak askotari-koak izan daitezke: alde batetik, autoerregulazioa erabili daiteke; bestetik, posiblea liteke ere kontratu ireki baten bidez egitea, non enpresa konkretu bati Zuzenbide Pribatuko Printzipio aitormen bat atxikitzen zaion; azkenik, posiblea liteke atxikimendu kontratu baten bidez jada onetsita dagoen nazioarteko erregelamendu bati eranstea.

Azkenik, eta Europa mailan gauzatutako ekimenetara salto egin baino lehen, ezinbestekoa da Gobernu Onaren Kodea aipatzea. Gobernu Onaren Kode Bateratua (GOKB)²¹ 2006an onetsi zen. Kodearen helburua zen Espainiako enpresen gobernu- eta administrazio-organoei behar

²⁰ APILLUELO MARTIN, M., “Medidas de responsabilidad empresarial social de las empresas en materia de igualdad entre hombres y mujeres (Artículo 73 LOI)”. Ondoko lanean: GOÑI SEIN, J. L., *Ética empresarial y códigos de conducta*. Madril: La Ley argitaletxea, 1. Edizioa, 2011 496, 497 orr.

²¹ Gobernu Onaren Kode Bateratua (2006); https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf; (azken kontsulta 2022/03/16). Zehatzago esanda, Sozietate Kotizatuen Gobernu Onaren Kodea 2006ko maiatzaren 22an onetsi zen, Balore Merkatuko Nazio Batzordearen Kontseiluak hala erabakita, gobernu korporatiboaren inguruko printzipio eta gomendioak biltzeko.

bezala funtzionatzen dutela zaintzea, enpresen lehiakortasun-maila gorenertara bideratzeko, nazioko eta atzerriko inbertitzaileen konfiantza eta gardentasuna bultzatzeko, Espainiako enpresen barne-kontrola eta erantzukizun korporatiboa hobetzeko eta azkenik, enpresen funtzioen, bete-beharren eta erantzukizun bereizketa egokia bermatzeko, profesionaltasun handienaz. Kodearen egitura printzipio eta gomendioetan antolatzen da, enpresaren eremu ezberdinak jorratzen dituztenak. LEIÑENA MENDIZÁBAL²²-en hitzetan, autoerregulazio-formula horren bidez hasi dira enpresak genero-aniztasuna eta -berdintasuna administrazio-kontseiluetan jorratzen. Hala ere, autoreak gogoratzen duen moduan, 2006a baino lehen, gai honen inguruan Olivencia²³ eta Aldama²⁴ txostenak argitaratu ziren 1998 eta 2003an, hurrenez hurren. Aitzitik, txosten hauek ez zuten genero-ikuspegia barneratu, eta horregatik hartzen da abiapuntu bezala, 2006ko bertsioa. Hala ere, GOKB-k genero-berdintasunari buruz barneratzen zuen gomendia²⁵ ez zen loteslea.

²² LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “Mujer y Empresa: Análisis jurídico de la perspectiva de género en los órganos de decisión empresarial”. *Revista de Derecho Privado*, 2020, 5. zk., 20. or.

²³ Olivencia Txostena (1998). <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>. (azken kontsulta 2022/03/16).

²⁴ Aldama Txostena (2003). <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>. (azken kontsulta 2022/03/16).

²⁵ Gomendioak ondokoa adierazten zuen:

Emakume kontseilari gutxi daudenean edo zuzenean, emakume kontseilaririk ez dagoenean, Kontseiluako egoera hori zuzentzeko arrazoiak eta gauzatutako ekimenak azaltzea, eta, bereziki, Izendapen Batzordeak, lanpostu berriak betetzean, honako hauek betetzen direla zaintzea:

(a) Hautaketa-prozedurek emakume kontseilarien hautaketa oztopatzen duen joera inpliziturik ez izatea

(b) Enpresak berariaz bilatu eta hautagai izan daitezkeen artean barneratu ditzala lanbide-profila betetzen duten emakumeak

Denborak aurrera egin ahala, Ministroen Kontseiluak gobernu korporatiboaren adituen batzordea sortu zuen, urteetan zehar proposatutako aldaketa eta berrikuntzak ebaluatzeko. Hala, 2013ko maiatzaren 10eko Erabakiaren bidez, eta EBko sozietateen zuzenbidea erreformatzeko 2011ko Liburu Berdearen gomendioa kontuan hartuta, genero-perspektiba gobernu onaren esparruan sakonago hedatu zen. Gauzak horrela, 2015ean Sozietate Kotizatuen Gobernu Onaren Kodea²⁶ (SKGOK) argitaratu zen eta bere baitan ikus ditzakegu azken urteotan emandako aurrerapausoak. Gainera, kodea ez da estatikoa, gaur egungo egoerarekin aldatuz doalako. Hori dela eta, gaur egun daukagun bertsioa 2020²⁷. urtean berrikusitakoa da. Bertsio honen, 14. Gomendioak ezartzen du administrazio-kontseiluek kontseilariak hautatzeko politika bat ezar dezatela, beharren aurretiazko azterketa batean oinarritutako izendapen-proposamenak ziurtatu eta genero, adin, jakituria eta esperientzia aniztasuna bultzatuko duena. Halaber, 15. Gomendioak genero-kuotak ezartzen ditu ondokoa esaterakoan: “(...) que el número de consejeras suponga, al menos, el 40%²⁸ de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 (...)”.

Logikoa denez, 7/2003 LO-k zein SKGOK, baita jarraian aztertuko diren Europa mailako ekimenek ekarri dute merkataritza alorreko gai-

²⁶ Sozietate Kotizatuen Gobernu Onaren Kodea (2015). https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf. (azken kontsulta 2022/03/16).

²⁷ *Idem* (2020). https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf.

²⁸ 2015eko bertsioan, emakume kontseilarien ehunekoa %40 ordez, %30 zen. Horrenbestez, agerikoa da autoreak aipatzen duena, hots, SKGOK-k arestian aipatutako 3/2007 LOren helburuak jarraitzen dituela. Gainera, adituen batzordea saiatu egin da sozietate kotizatuen administrazio-kontseiluetan emakumeen presentzia bultzatu eta garatzen, arau-esparru berri bat eratuz. Betiere, esparru hau Gobernu Korporatiboa Hobetzeari buruzko abenduaren 3ko 31/2014 Legearekin bat datorrela ziurtatuz.

nerako legeriak eraldaketak²⁹ jasatea. Azken batean, egitasmo guzti hauen helburua da genero-berdintasuna lortzeko egiten diren ahalegin eta ekintzak egunerokotasunean eragina duten legerietan islatzea, eta horretarako, eraldaketak ezinbestekoak dira.

b) *Europa eta mundu mailan: EBFI, Genero Berdintasunerako Europako Ituna 2011-2020, Genero Ekintza Planak, Genero Berdintasunerako Konpromiso Estrategikoak eta Agenda 2030 ODS 5*

EBk oinarritzko balio eta printzipio batzuk errespetatu behar ditu, tartean, emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna izanik. Ideia hau, Batasunaren oinarritzko itunetan agertzen da: Europar Batasuneko Itunaren 2 eta 3 artikulua, Europar Batasunaren Funtzionamendurako Itunaren 8. artikulua edo Europar Batasuneko Oinarritzko Eskubideen Gutunaren III titulua, besteak beste. ALWOOD³⁰-en hitzetan, genero-berdintasunaren justifikazio edo arrazoa berez helburu garrantzitsu batean oinarritzen da, baina, aldi berean, etorkizunera begira garapen-helburuak lortzeko funtsezko tresna ere bada. Hala eta guztiz ere, genero-berdintasuna bultzatu eta sustatzeko benetako egitasmoak 90. hamarkada arte ez ziren garatzen hasi.

²⁹ Besteak beste, abenduaren 3ko 31/2014 Legeak, gobernu korporatiboa erreformatzen duenak, aurreikusi du administrazio-kontseilua derrigorrez izan behar duten erakundetan, kide berriak hautatzeko prozedurek genero-, esperientzia- eta ezagutza-aniztasuna sustatzen dutela; diskriminaziorik ekar dezakeen joera inplizituak gauzatzen ez direla; eta, batez ere, emakume kontseilarien hautaketa oztopatzen ez dela (KSL 529 bis 2 art.). Halaber, KSL-k sozietate kotizatuak derrigortzen ditu izendapen eta ordainsarien batzordeak administrazio-kontseiluan gutxien ordezkatuta dagoen sexuaren ordezkartza minimo bat ezartzera, eta helburu hori lortzeko orientazio irizpideak lantzerako (KSL 529 quindecies 3.b art.)

³⁰ ALWOOD, G., "Gender Equality in European Union Development Policy in Times of Crisis". *Political Studies Review*. 2020, 18 zk., 333. or.

Zalantza barik, 1995ean Beijingen egindako Emakumeari Buruzko Munduko Laugarren Hitzarmena³¹ mundu-mailan genero-berdintasuna lortzeko inflexio-puntu garrantzitsu bat izan zen. Bertan onetsitako adierazpena, 189 herrialdek aho batez onartua, emakumearen ahal-duntzea sustatu, eta genero-berdintasunari buruzko politiken funtsezko dokumentu legez aintzatetsi zen. Adierazpen honen azken berrikuspenean 2020an³² egin zen; ordurarte egindako aurrerapausoak ikusi eta, batez ere, etorkizunera begira egiteke dauden egitasmo eta politikak ondo zehaztu eta helburuak 2030 Agendarekin bat etortzeko.

Beijing-ko Hitzarmenaren ondoren, EBn onetsi zen adierazpenik esanguratsuena lehen Genero Ekintza Plana (GEP) (2010-2015)³³ da, 2010ekoa. Helburua, EBk genero-berdintasunaren aldeko konpromisoa bermatzea zen. Aitzitik, nahiz eta izaera berritzaile sutsua izan, arrakasta mugatua izan zuen. Ondorioz, 2015ean II. GEPa (2016-2020)³⁴ one-

³¹ Beijingko Adierazpen eta ekintza plataformak neurri eta helburu estrategiko batzuk ezartzen ditu emakumeek aurrera egin dezaten, eta genero-berdintasuna errealitate bat izan dadin ondoko 12 alorretan: (1) Emakumea eta pobrezia; (2) Emakumearen hezkuntza eta trebakuntza; (3) Emakumea eta osasuna; (4) Emakumearen aurkako indarkeria; (5) Emakumea eta gatazka armatuak; (6) Emakumea eta ekonomia; (7) Emakumea boterea erabili eta erabakiak hartzean; (8) Emakumeen aurrerapenerako mekanismo instituzionalak; (9) Emakumearen giza eskubideak; (10) Emakumea eta hedabideak; (11) Emakumea eta ingurumena; (12) Neskatoa. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>; (azken kontsulta 2022/03/31).

³² 2020ko berrikuspenaren adierazpen politikoa. <https://www.inmujeres.gob.es/areas-Tematicas/Internacional/docs/CSW/DeclaracionPoliticaConsensuada.pdf>. (azken kontsulta 2022/03/31).

³³ I. Genero Ekintza Plana. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0491:FIN:EN:PDF>; (azken kontsulta 2022/03/31).

³⁴ II. Genero Ekintza Plana. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0239&qid=1648712611178>; (azken kontsulta 2022/03/31).

Plan honek hiru arlo lantzen ditu: nesken eta emakumeen osotasun fisiko eta psikologikoa bermatzea; nesken eta emakumeen eskubide ekonomiko eta sozialen ahal-duntzea sus-

tsi zen; garapenerako lankidetzara mugatu beharrean, bere irismena kanpo-ekintzen eremu guztietara zabalduz. Gainera, urte horretan Klima Aldaketari buruzko Pariseko Akordioa eta 2030 Agenda onetsi ziren, aurrerago aztertuko ditugunak. Hala ere, aipatu beharra dago, testuinguru horrek eragin nabarmena izan zuela genero-berdintasuna sustatzeko ahalleginak garatzerako orduan. Logikoa denez, ekimen honen amaiera ez zen 2020an heldu. Hori dela eta, III. GEPa (2021-2025)³⁵ onetsi du EBk, helburuak izanik, batetik, emakumeen eta nesken ahalduntzearen aurrerapena bizkortzea eta bestetik, Beijingko Adierazpenetik gaur egun arte genero-berdintasunaren arloan erdietsitako lorpenak babestea.

GEPez gain, Europar Batasunak Genero Berdintasunerako Konpromiso Estrategikoa (2016-2019)³⁶ (GBKE) garatu du. Horren helburua da emakumeen eta nesken eskubideak babestea, genero-berdintasuna sustatzeko. Izan ere, estrategian agertzen den moduan³⁷, genero-berdintasunak erabateko lehentasuna du EB kanpo harremanetan, eta alor honetan aitzindaria izateko asmoa du. Lehen GBKE hau, Genero Berdintasunerako Europako Itunarekin (2011-2020)³⁸ batera ulertu behar da. Gainera, GEPeekin bezala, GBKE hau ere eguneratu behar izan da gaur egungo premia eta

tatzea; eta, nesken eta emakumeen ahotsa eta parte-hartzea indartzea. Horretaz gain, zeharkako alor nagusi bat ere jorratzen du: Batzordearen eta Kanpo Harremanetako Europako Zerbitzuaren kultura instituzionala aldatzea, EBren konpromisoak modu eragin-korragoan bete daitezten.

³⁵ III. Genero Ekintza Plana. https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/join-2020-17-final_en.pdf; (azken kontsulta 2022/03/31).

³⁶ Genero Berdintasunerako Konpromiso Estrategikoa (2016-2019). <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/24968221-eb81-11e5-8a81-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF>; (azken kontsulta 2022/03/31).

³⁷ *Idem*, 16. or.

³⁸ Genero Berdintasunerako Europako Ituna. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525(01)&from=ES); (azken kontsulta 2022/03/31).

egoera berrietara egokitzeko. Hala, egun indarrean dagoen GBKE 2020-2025³⁹ekoa da. Bertsio honek genero-perspektiba txertatzeko planteamendu bikoitza planteatzen du, jarduera espezifiko batzuekin konbinatuta, betiere, interseksionalitatea oinarritzko printzipioa izanik⁴⁰. Gainera, estrategia EBren barruan oinarritzen bada ere, bat dator genero-berdintasunaren eta emakumeen ahalduntzearen arloko kanpo-politikekin.

Halaber, GBKE horiek garatu bitartean, EBko kontseiluak Genero-Berdintasunaren Europako Ituna (GBEI) (2011-2020) onetsi zuen. Itun hau alde aurretik zegoenaren oinordekoa da, 2006an onetsi zena⁴¹. Itun hau aipatutako GBKEren helburuekin bat dator eta ondorengo alorrrak jorratzen ditu: enplegu eta gizarte-babesean egon daitezkeen desberdintasunak ezabatzea, soldata-arrakala barne; emakumeen eta gizonen bizitza pertsonal eta profesionalaren arteko oreka eta kontziliazio hobea sustatzea; eta emakumeen aurkako indarkeria mota guztiei aurre egitea. Itun honek, aurrekoak ez bezala, emakumeen aurkako indarkeria jorratu du. Gainera, gobernantza indartzeko aipua egin du lehenengoz, genero-perspektiba politika guztietan aplikatuz.

³⁹ GBKE (2020-2025). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES>; (azken kontsulta 2022/03/31)

⁴⁰ Planteamendu bikoitza ondokoan oinarritzen da: alde batetik, genero-berdintasuna lortzeko neurri espezifikoak ezartzean, eta bestetik, neurri horiek genero-perspektibaren integrazio handiago batekin uztartzean. Batzordeak genero-perspektibaren integrazioa indartuko du EBren politiken diseinuaren fase guztietan sistematikoki sartuz (barne zein kanpo politikak). Halaber, estrategia hori aplikatzeko, interseksionalitatea erabiliko da zeharkako printzipio gisa. Horretarako, GBEI-k interseksionalitatea horrela definitu du: “sexua eta generoa beste ezaugarri/identitate batzuekin nola lotzen diren aztertu, ulertu eta erantzuteko tresna analitikoa, elkargune horietatik sortzen diren egoerek diskriminazio-esperientzia konplexu eta bakarrei nola laguntzen dieten ulertzeko balio duena”. <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1263?lang=es>; (azken kontsulta, 2022/04/11).

⁴¹ Hasierako ituna sei estatu kideren ekimen baten ondorioz jaio zen (Suedia, Espainia, Txekiar Errepublika, Frantzia, Finlandia eta Danimarka) ekimen baten ondorioz jaio zen eta EBko Kontseiluak 2006ko martxoan onetsi zuen.

Azkenik, Garapen Jasangarrirako 2030 Agendak⁴² (hemendik aurrera, 2030 Agenda) 17 helburu argitaratu ditu, hots, Garapen Jasangarrirako Helburuak (GJH) munduko alor ezberdinak hobetu, pobrezia deuseztatu eta askatasuna bermatzeko. Tartean, 5. helburuan zehazki, genero-berdintasuna jorratzen da. Izan ere, 2030 Agendaren atarikoak⁴³ dioen moduan, helburuon jomuga da giza-eskubideak eragingarriak izatea, eta generoen arteko berdintasuna eta emakume zein neska guztien ahalduntzea erdies-
tea. Gainera, garapen jasangarriaren hiru dimentsioak orekatzen dituzte: ekonomikoa, soziala eta ingurumenekoa. Horrenbestez, bostgarren helburu horretan zehar genero-berdintasuna lortzeko egitasmo ugari proposatzen dira, herrialde bakoitzak hainbat alorretan erabil ditzan.

NBE-ren arabera, eta arestian aipatu bezala, genero-berdintasuna ez da oinarrizko eskubide bat bakarrik, mundu jasangarri, baketsu eta justu bat eraikitzeko oinarria ere bai. Halaber, erakunde honen esanetan, GJH guztiak 5. Helburu hori lortzearen mende daude. 2030 Agenda garatu bitartean lortutako datuen ondorioz, NBEk ondorioztatu du hemendik 2030era genero-berdintasuna lortu dadin, premiazko neurriak hartzea ezinbestekoa dela, diskriminazioaren arrazoi edo erro sakonak ezaba daitezen, horrek emakumeen eskubideak murrizten baititu, eremu publikoan zein pribatuan. Halaber, oinarrizkoa da diskriminazioa ahalbidetzen duten legeak aldatzea eta berdintasuna aktiboki sustatzen duten beste lege berri batzuk onartzea. Horretarako, helburu honetan hainbat azpi-helburu proposatu dira 2030era bitartean erdietsi daitezen, eta ondorioz, emakumeen egoera modu nabarian hobetu dadin. Helburuok bederatzi dira⁴⁴ eta eremu eta alor ezberdinak jorratzen dituzte, herrialde-

⁴² Garapen Jasangarrirako 2030 Agenda. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E; (azken kontsulta, 2022/03/31)

⁴³ *Idem*, 1. or.

⁴⁴ 1. Mundu osoko emakume eta neskato guztien aurkako diskriminazio mota orori amaiera ematea; 2. Emakume eta neskato guztien aurkako indarkeria-mota guztiak ez-

de bakoitzak egoera eta premia ezberdinak dituelako, eta horrenbestez, bakoitzak genero-berdintasunaren eremu konkretu bat lantzeko beharri-zan handiagoa izango duelako.

3.2. Espainiako enpresa-egituraren analisisia

Atal honetan zehar erakunde ezberdinek argitaratutako datuez baliaturik Espainiako enpresa-egituraren analisi bat gauzatuko da, ikusmira kooperatibetan jarrita, erakunde mota hauek lortu dituzten emaitzak gainerakoekin erkatuz.

Datu orokorretara jota, EIN-en azken datuen arabera⁴⁵, 2020eko uztailan, Espainian lan egiteko adina duten pertsonen erdia gutxi gora behera emakumeak dira. Aitzitik, erakunde berdinak argitaratutako datuen arabera, 2020ko uztailan enplegu aktiboan zeuden emakumeen ehune-

abatzea eremu publiko zein pribatuan, salerosketa, sexu-esplotazioa eta beste esplotazio mota batzuk barne; 3. Kaltegarriak izan daitezkeen praktika oro desagerraraztea, hala nola, haurren ezkontza goiztiarra, eta emakumeen genitalen mutilazioa; 4. Ordaindu gabeko etxeko- eta zaintza-lanak zerbitzu publikoen, azpiegituren eta gizarte-babese-ko poilitiken bidez aitortu eta baloratzea, etxean zein familian erantzukizun partekatua sustatuz, herrialde bakoitzaren egoeraren arabera; 5. Bizitza publikoan, ekonomikoan eta politikoan emakumeen parte-hartze osoa eta eraginkorra, baita lidergo-aukera berdintasuna maila guztietan bermatzea; 6. Sexu- eta ugalketa-osasunerako, zein ugalketa-eskubideen aukera edo sarbide unibertsala ziurtatzea, Biztanleria eta Garapenari buruzko Nazioarteko Konferentziaren Ekintza Programan eta Beijingko Ekintza Plataforman adostutakoarekin bat etorritz; 7. Emakumeei baliabide ekonomikoen jabetzaren, lurraren kontrolaren eta bestelako ondasun mota batzuen aldeko eskubide berdintasunak izatea bermatuko dituzten erreformei ekitea, baita finantza-zerbitzuak, oinordetzak eta baliabide naturalak eskuratzeko ere, betiere, lege erkideekin bat etorritz; 8. Teknologia instrumentalaren erabilera hobetzea emakumeen ahalduntzea sustatzeko, bereziki informazio eta komunikazioen teknologiarena

⁴⁵ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10256#!tabs-grafico> (azken kontsulta 2022/04/13).

koa 43,1ekoa⁴⁶ da, eta beraz, genero-isuria 2020an %11,1ekoa izan zen enpleguari begira.

Hala eta guztiz ere, genero-isuri hori ez da berdina izango enpresa guztietan. Izan ere, eta arestian aipatu bezala, gizarte-ekonomiako erakundeek gainerako enpresek ez dituzten ezaugarri batzuk dituzte, teorian genero-berdintasuna bermatzeko aproposak direnak. Izan ere, EASS-ek argitaratutako ikerketa⁴⁷ batean agertzen den moduan gizarte-ekonomia eta solidarioen helburua da lankidetzeta, enpresa- eta elkarre-proiektuak sustatzea, baina ekonomia, dirua edo merkatuak lurraldeen garapen jasangarrirako bitarteko bezala aintzakotzat hartuz. Horregatik, gizarte-ekonomia arestian aipatutako helburuok lortzeko hurbilago egongo da, emakumeen lidergoa enpresa-proiektuetan babestu, sustatu eta ikusarazten duen heinean.

Lanaldi aktiboa bat duten emakumez gain, aztertu beharra dago enpresa bakoitzak euren egitura eta idiosinkrasia barruan duen sexuen arteko banaketa, baita administrazio-kontseiluaren kideen edo goi-kargu bat okupatzen duten pertsona gehienak emakumeak edo gizonak diren, aipatutako genero-isuri hori sektore batzuetan beste batzuetan baino gehiago nabarmentzen den ikusteko. Gauzak horrela, Lan eta Gizarte-Ekonomiaren Ministerioak azken hiru urteetan erregistratu diren Kooperatiben eta Lan Sozietateen datuak bildu ditu, euren genero banaketari gertutik erreparatuz.

⁴⁶ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10879#!tabs-grafico> (azken kontsulta 2022/04/13).

⁴⁷ EASS “Las mujeres en la ESS. Perfil de competencias y necesidades de formación para incrementar y visibilizar su liderazgo”, 2021eko urtarrila, 9. or. <https://www.economiasolidaria.org/wp-content/uploads/2021/02/Las-mujeres-en-la-ESS-1.pdf> (azken kontsulta 2022/04/13).

Forma Juridikoa	2018			2019			2020		
	Guztira ⁴⁸	G	E		G	E	Guztira	G	E
Lan Sozietateak	348	%62,8	%37,2	255	%61,3	%38,7	211	%67,8	%32,2
Kooperatibak	8.334	%66,41	%33,59	5.727	%58,15	%41,85	4.610	%59,13	%40,87

[ITURRIA]: Lan eta Gizarte-Ekonomiako Ministerioa⁴⁹

Datu hauek kontuan izanik, agerikoa da Kooperatibetan generoen arteko oreka azken urte hauetan modu nabarian hobetu dela. Izan ere, ares-tian aipatu bezala, EBk enpresetan sexuen arteko proportzioa %30-%70 bitartekoa izatea eskatu zuen, ondoren portzentai hori %40-%60ra igoz (irizpide hori berori izan da MBNB-k 2022tik aurrera enpresa kotizatu-tuetan ezarri duena). Bada, kooperatiben plantilletan zeuden emakumeak jada 2018an ziren %30 baino gehiago. Gainera, 2020rako %40 hori lortu egin zen; joera hori kontuan hartuta litekeena da ondorengo urteetan portzentai horrek gora egitea. Hala ere, aztertu beharrekoa da COVID-19-ak alor honetan izandako eragina nolakoa izan den, eta batez ere, datuen aldakuntza zenbatekoa izan den.

Edozein kasutan ere, datu horiek sakon aztertu behar dira genero-berdintasunak gizarte-ekonomian duen eragina aztertzeko. Izan ere, Kooperatibak erakunde feminizatuak direla pentsa daiteke, baina egoerak oso ezberdinak dira, esaterako, garraio- edo eraikuntza-sektoreak zerbitzu-sektorearekin alderatuz. Hala eta guztiz ere, emakume horietatik zenbatek du zuzendaritza- edo goi-kargu bat? Azken batean, goi-karguetan oreka egoteak generoen arteko aukera berdintasuna lortu dela

⁴⁸ Kooperatibetako bazkide gisa agertzen diren, eta pertsona juridikoak izateagatik, sexu araberako banaketa aplikatu ezin zaien erakundeak barne hartzen ditu.

⁴⁹ Lan eta Gizarte-Ekonomiaren Ministerioa. Estadistikak: Avance Anuario de Estadística 2020. Mercado de Trabajo: Cooperativas (<https://www.mites.gov.es/es/estadisticas/anuarios/2020/index.htm>; azken kontsulta 02/03/2022).

esan nahi du. Beraz, ezin daiteke esan genero- edo aukera-berdintasuna erdietsi dela administrazio-kontseilu eta zuzendaritza-batzordeen egitura aztertu barik.

Gainera, HERNÁNDEZ ORTIZ⁵⁰-ek dioen moduan, gizartean dagoen diskriminazioa egoera normal eta orokortuzat hartzen da, eta horrenbestez, gizarte- eta familia-ingurunean agertzen diren egitura estereotipatu eta diskriminatzaileak erraz erreproduzitu daitezke (modu sotilean bada ere) gizarte-ekonomiako erakundeetan, baldin eta ez den behar adina arreta jartzen emakumeen egoerari.

LEKEK⁵¹-ek 2018an argitaratutako txostenaren arabera, eta BAI-k argitaratutako datuez baliaturik, emakumeen presentzia zuzendaritza-postuetan mugatua da Espainiako lan-merkatuan, izan ere, ia 2,2 zuzendari gizon daude emakume bakoitzeko. Hau da, emakumeen %3,8k soilik egiten du lan zuzendari legez; gizonen kasuan berriz, ehuneko hori %7,5ekoa da. Datu hauek bat egiten dute MBNB⁵²-k 2018an argitaratutako datuekin: administrazio-kontseiluetan eta zuzendaritza-karguetan emakumeak %15,82a ziren soilik, IBEX-35-ean datu hori ez zen ia hoberetu, %15,99 baitzen.

Aitzitik, arestian aipatutako ikerketara bueltatuz, EASS⁵³-ek argitaratu-

⁵⁰ HERNÁNDEZ ORTIZ, M J.; GARCIA MARTÍ, E.; MARTINEZ JIMENEZ, R.; PEDROSA ORTEGA, C.; RUÍZ JIMENEZ, C., “El efecto de la diversidad de género sobre el rendimiento de las sociedades cooperativas agroalimentarias españolas”. REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos, 2020, 133. zk., 5. or.

⁵¹ LEKEK “Las mujeres en las cooperativas de trabajo. Estudio sobre la realidad social y laboral de las mujeres en las Cooperativas de Trabajo en España”, 2019ko urtarrila, 13. orr. <https://www.coceta.coop/publicaciones/estudio-mujer-cooperativismo-coceta-2019.pdf> (azken kontsulta 2022/04/21).

⁵² http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Consejerasydirectivas_2020.pdf (azken kontsulta 2022/04/21).

⁵³ EASS “Las mujeres en la ESS. Perfil de competencias y necesidades de formación para

tako txostena alegia, 2020an gizarte-ekonomiako erakundeetan sozieta-
te- eta kargu-politikoan %53a emakumeak ziren. Ehuneko hori 2020an
MBNBk emandako datuekin erkatuz gero ikusiko da nola joera ez dela
asko aldatu; 2020⁵⁴an emakume zuzendarien portzentaia %17,53koa zen,
IBEX-35ean apur bat baxuagoa, %17,10ekoa hain zuzen ere.

Ondorioz, posiblea da esatea GEEk, erakunde tradizionalekin erka-
tuz gero, aukera gehiago eskaintzen dituztela genero-berdintasuna eta
emakumeen ahalduntzea bideragarria izateko. Izan ere, EASS⁵⁵eko iker-
ketak argi eta garbi utzi du erakunde mota hauek emakumeen aukerak
zeharo biderkatzen dituela, aukera-berdintasuna eskuratu dezaten. Hala,
Espainiar estatuan langileen %43,5 emakumeak diren heinean, erakunde
hauetan emakumeak langileen %64 dira. Gainera, ikerketa horretan zehar
aztertutako hainbat irizpidek agerian jarri du GEEk benetako ahalegina
egiten dutela berdintasun eta errespetuan oinarritzen diren lan-inguru-
neak sortu eta emakumeen ahalduntzea sustatzeko.

Ikerketa horri ekinez, erakundeen %87k legeak ezarritako kontzi-
liazio-neurriak aplikatzen dituzte, lana eta familia bateragarriak izateko
baimenak bazkideei eskuetsiz; %81ek hizkuntza inklusiboa erabiltzen du,
ahoz zein idatziz; azkenik, %79k langileen arreta emozionala kudeatu eta
zaintzeko zerbitzuak eskaintzen ditu, lan-ingurunean gertatu daitezkeen
egoerak kontuan izanik. Ukaezina da datu hauek hobetu daitezkeela, bai-

incrementar y visibilizar su liderazgo”, 2021eko urtarrila, 13. or. <https://www.economiasolidaria.org/wp-content/uploads/2021/02/Las-mujeres-en-la-ESS-1.pdf> (azken kontsulta 2022/04/21).

⁵⁴ http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Consejerasydirectivas_2020.pdf (azken kontsulta 2022/04/21).

⁵⁵ EASS “Las mujeres en la ESS. Perfil de competencias y necesidades de formación para incrementar y visibilizar su liderazgo”, 2021eko urtarrila, 12. or. <https://www.economiasolidaria.org/wp-content/uploads/2021/02/Las-mujeres-en-la-ESS-1.pdf> (azken kontsulta 2022/04/21)

na emaitza onak direla aitortu behar da, batez ere azken urteetan izandako joera ona aintzat hartuta.

Zernahi gisaz, oraindik ere badago lan handia egiteko. Izan ere, GEEK %5,3ko soldata-arrakala pairatzen dute, eta lidergo zein erabakiak hartzeari buruzko gaietan, genero-proportzioak kaltetuta agertzen dira. Gainera, langileen %64 dira emakumeak, baina plan estrategikoen onarpenean eta sozietate- edo politika-karguak tartean daudenean ehuneko horrek behera egiten du, %55 eta %53ra, hurrenez hurren. Era berean, 2020an erakunde hauen heren batek soilik onetsi du haren berdintasun-plana.

Horrenbestez, oro har GEEen idiosinkrasiak, eta bereziki kooperatibenak, onura edo abantaila ugari ditu genero-berdintasuna erdietsi, eta emakumeen lidergoa sustatzeko. Hala ere, argi geratu da oraindik ere lan handia dagoela egiteke, eta batez ere, erakunde hauek eskaintzen dituzten aukerak benetan berdintsuak eta bidezkoak izan daitezten. Azken batean, kooperatibek indargune ugari izan arren, ahuleziak ere baditu, etorkizunera begira erronka legez landu beharko direnak, aurrerago ikusiko den moduan.

3.3. Euskal Autonomia Erkidegoa

Euskal Autonomia Erkidegoan mugimendu kooperatiboak berebiziko garrantzia izan du enpresa munduan. Gaur egun, 1.200 kooperatiba baino gehiago daude EAE-n, 55.000 langile inguru dituztenak. Mugimendu honen sustatzaile nagusia izan zen Jose Maria Arizmendiarieta, 1956an, beste bost lagunekin batera, ULGOR kooperatiba sortu zuen, Mondragon taldearen hastapena deritzona.

Hasiera batean, Markinako apaizak, garaiko ideologiarekin bat etorriz, emakumeen erreibindikazioak mesfidantzaz begiratzen zituen, betiko balioak arriskuan gera zitezkelako. Aitzitik, urteak pasa ahala, emakumearen parte hartze soziala begi onez ikusten hasi zen, eta printzipio eta balio

kooperatiboekin bat etorritz, eredu ekonomiko berri hau bultzatzen jarraitu zuten, generoa, arraza edo adina axola barik. Izan ere, berak aitortu zuen honako hau: “gure pentsaera itxiaren biktimak gara, emakumeek dituzten ahalmenak eta oso prozesu operatibo ezberdinetara moldatzeko duten gaitasuna epaituta. Geure barruan, pozik sentitzen gara gure emakumeak heldugabetzat hartuta, lanaren eta gizonaren aurrean beti ahul ikusita. Baliteke guk geuk gaixota sun moduko nagusitasun-sentimendua edukitzea⁵⁶”.

Urteak igaro ahala, gaur egun Mondragon talde legez ezagutzen dugun erakundeak, aurrerapauso txikiak eman zituen emakumearen ahalduntzea enpresa-arloan sustatu eta bultzatzeko. Hala, 1958an Arrasateko Eskola Profesionalean emakumeentzako lehen espezialitateak agertu ziren; 1960an ikasketa administratiboak eskaintzen hasi ziren Oñatin; 1968an Auzo Lagun kooperatiba jaio zen⁵⁷ (emakume ezkonduak sortua) etab. Aurrerapauso horiek, txikiak direla pentsa daitekeen arren, oinordetza edo legatu historiko bat izan dira oro har euskal mugimendu kooperatiboarentzat eta bereziki, gaur egun ditugun kooperatibentzat.

⁵⁶ AZURMENDI OTAEGI, J. *Pensamientos de Don José Maria Arizmendiarieta*. Nafarroa: Otalora Argitaletxea, 1. Edizioa, 1999, 38. or.

⁵⁷ Auzo Lagun Kooperatiba emakumeak lan-merkatuan txertatzeko aitzindaria izan zen, emakumeen lana duintasunez eta profesionaltasun osoz aintzat hartuz. 17 emakume ezkonduk sortu zuten emakume ezkonduentzat, beren-beregi, garai hartako gizarte-, kultura- eta lan-oztopo asko indargabetuz.

Halaber, 1969an Eroski kooperatiba sortu zen, eta hura ere emakumeen aldeko eskubi-deen aitzindari legez aintzatetsi daiteke. Izan ere, hasiera-hasieratik emakume baino gizon gehiago izan ditu, erabakiak berdintasunez hartzeko gaitasuna eskuratuz. Gainera, emakumeen enplegua sustatzeaz gain, sorburutik izan da prestakuntza eta trebakuntzaren apustua egitearen aldekoa.

Lege-arauketari dagokionez, nahiz eta Kooperatiben Lege erkide bat egon⁵⁸, Autonomia Erkidego bakoitzak berea garatu du. EAEkoak hainbat eraldaketa izan ditu eta 2019an Kooperatiben Lege berria onetsi zen, alegia, 11/2019⁵⁹ Legea, abenduaren 20koa.

Azken lege horrek, aurrekoa, hots, 4/1993 Legea, ekainaren 24koa eraldatzen du, genero-perspektiba legearen hainbat esparrutan txertatuz: estatutueta berariazko baliabideak jaso behar dira kooperatiba indarkeria sexistarik gabeko eremua izan dadin (13.1.q art.); hizkuntza inklusi-boa erabiltzen da testuan zehar⁶⁰; organo sozialetan bazkideen parte-hartze orekatua bermatuko da, baita genero-berdintasuna sustatzen dituzten neurri edo baliabideen onespina ere, norberaren bizitza pertsonala, familia eta lana uztartzera zuzenduta daudenak (32.4 art.) etab.

Teoria edo aurrerapauso horiek gaur eguneko egoera ekonomikora aplikatuz, mugimendu kooperatiboaren sorreratik lortu diren egitasmoak azpimarratu, eta hobetzeko dauden ekimenak identifikatu daitezke. Gauzak horrela, EUSTAT-ek 2018an argitaratutako datuei erreparatzen badiogu, EAEn emakumeak langileria aktiboaren %43,1⁶¹ direla ikusiko dugu. Hala ere, ehuneko hori forma juridikoen arabera sailkatuz gero, kooperatibetan, emakumeen zenbatekoa %45,7koa dela agertzen da⁶².

⁵⁸ Uztailaren 16ko 27/1999 Legea, Kooperatibena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 170. Zk., 1999ko uztailaren 17koa, 27027. or.

⁵⁹ Lege hau 5/2021 Legearen bidez eraldatu zen 2021eko urriaren 7an. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/11/05/pdfs/BOE-A-2021-18036.pdf>.

⁶⁰ “*Persona socia*”, “*personas miembros*”, “*personas administradoras*”, “*liquidadoras o liquidadores*”, “*consejeras o consejeros*” bezalako aipamenak erabiltzen dira.

⁶¹ EAEko gizarte-ekonomiako enpleguaren banaketa sexuari jarraiki (2018). https://eu.eustat.eus/elementos/ele0009600/ti_distribucion-del-empleo-en-la-economia-social-de-la-ca-de-euskadi-segun-sexo--2018/tbl0009601_e.html (azken kontsulta 2022/04/21).

⁶² 2020an “C2COOPS. Cuidados y conciliación en cooperativas de trabajo, empleos cooperativos Post COVID-19” txostenaren arabera, lan kooperatiben langileen %50,1 dira

Kontrara, administrazio- eta zuzendaritza-kontseiluetan emakumeen ehunekoak behera egiten du, %33,6raino hain zuzen ere. Gainera, kontseiluen barnean ere sektore edo alor feminizatuak ageri dira, zerbitzuen sektorean emakumeen presentzia %42,5ekoa delako, eta eraikuntza esparruan berriz %10,8koa da.

Horrenbestez, EAEn emakumeek kooperatibetan eta lan-sozietateen artean duten ordezkartza oso nabarmena da, eta sexuen araberako partaidetza orekatua egongo litzateke enpresetan. Bestalde, emakumeek kontseiluetan duten parte-hartzeak izandako joera positiboa izan da gizarte-ekonomian. Hala, nahiz eta 2018an oreka lortu ez, postuen heren bat ordezkartzea lortu dute, eta azken urteetan izandako joera ikusita⁶³, pentsa liteke datozen urteetan ere parte-hartze horrek gora egingo duela. Gainera, zerbitzuen sektorean oreka lortu da (%42,5 emakumeak eta %57,5 gizonak). Edonola ere, argi dago industriari datuak zeharo hobetu behar direla, 2016ko datuekin alderatuta (%20,6) gora egin duelako, baina ozta-ozta heltzen da %22ra.

Ondorioz, behin Espainiako zein EAeko egoera eta datuak aztertuta esan genezake, kooperatibetan emakumeek duten parte-hartzea gainerako enpresetan (IBEX-35 kasu) dutena baino handiagoa dela. Nahiz eta oraindik hobetu behar diren zenbait eremu egon (adibidez, soldata-arrakala edo berdintasun planen onespena), ukalezina da kooperatiben idiosinkrasiak emakumeen ahalduz bultzatzen duela. Eta beraz, nahiz eta oraindik sexuen arteko parte-hartzea guztiz parekatua ez egon, esan

emakumeak. <https://www.deusto.es/cs/Satellite/deusto/es/universidad-deusto/vive-deusto/mujeres-en-las-cooperativas-vascas-una-mirada-en-tiempos-de-pandemia/noticia> (azken kontsulta 2022/04/21).

⁶³ EUSTATEk gizarte-ekonomiari buruz egindako txostenari jarraiki 2010: %24,5, 2014: %27,6, 2016: 29,7. https://www.eustat.eus/elementos/ele0017400/estadistica-de-la-economia-social-vasca-2018-y-avance-2019-pdf-24-mb/inf0017413_c.pdf (azken kontsulta 2022/04/21).

genezake kooperatibetan orokorrean, baina bertoko kontseiluetan bereziki, emakumeen ahotsa gainerako enpresetan baino ozenago entzuten dela, eta beraz, euren interesek babes handiagoa dutela.

IV. ETORKIZUNA: KOOPERATIBEN ERRONKAK GENERO-BERDINTASUNARI BEGIRA

Etorkizunari begira, aipatu bezala, kooperatibek hainbat erronka dituzte genero-berdintasunaren arloan aurrerapausoak eman daitezkeen. Batik bat, kooperatibek, bestelako enpresen moduan, Agenda 2030 helburuak betetzeko ekimenak bultzatu behar dituzte, beraz, erakunde bakoitzak aztertu beharko du non dauden euren indargune eta ahuleziak. Gainera, COVID-19aren izurriteak mundua hankaz gora jartzeaz gain, 2020rarte genituen egitasmo eta dinamikak aldatzea suposatu du, gaur egungo mundua ez baita garai hartakoa bezalakoa. Kooperatibei dagokionez, lau ataletan laburbildu daitezke erdietsi beharreko erronkak:

- Lehenengo eta behin, soldata-arrakala murriztea. Arestian aipatu bezala, kooperatibetan, gaur egun, %5 inguruko soldata-arrakala dago, eta nahiz eta kapital sozietateena baino baxuagoa izan, datozen urteetan ehuneko hori gutxitzeko ahaleginak egin beharko lirateke. Edu berean, EBk horri buruzko bi ekimen garatu ditu azken boladan: alde batetik, EB osoan gutxienerako soldata egoki eta justuak ezarriko dituen zuzentarau baten proposamena⁶⁴; bestetik, aipatutako soldata arrakala deuseztatzeko zuzentarau baten proposamena⁶⁵.

⁶⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0682&qid=1621586882413&from=ES>

⁶⁵ Zuzentarau proposamen horren asmoa da gizonen eta emakumeen artean lan berdinatik edo balio berdina duen lanagatik ordainsari berdina jaso behar izateko printzipioa-

- Bigarrenez, berdintasun planen onespena bultzatzea. Lehen aipatu da 2020an Espainian erregistratutako kooperatibetarik, heren batek soilik zuela onetsita haren berdintasun-plana. Hasiera batean, 250 langile baino gehiago zituzten enpresek, soilik, zuten plana onesteko betebeharra. Aitzitik, martxoaren 7tik aurrera⁶⁶ 50 langile baino gehiago dituzten enpresa orok onetsi eta erregistratu beharko dute euren berdintasun-plana. Egia da kooperatibak eta kapital sozietateak ezin direla parakatu egitura ezberdinak dituztelako. Hala ere, kooperatibek berdintasun-plana onesteko betebeharra izango dute baldin eta besteren konturako langileak badituzte kooperatiban jardunean, erakundeak plantilan duen langileak⁶⁷ direlako plana onetsi behar den edo ez erabakitzeko irizpidea. Gainera, LEKEKek kooperatibetan berdintasun-planak onesteko gida bat argitaratu du, erakunde guztiek betebeharra ez izan arren, hura onestearen onurak azpimarratuz⁶⁸.

ren aplikazioa indartzea. Xede hori soldata-gardentasunaren eta aplikazio-neurrien birtatez erdietsi nahi da, EBFiren 157.3 artikuluan oinarrituta. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/eu-action-equal-pay_es#pay-transparency

⁶⁶ Urriaren 13ko 901/2020 Dekretuak, berdintasun-planak xedatzen ditu, enpresa bakoitzak, euren langileen arabera, plana onesteko epea, eta haren nondik-norakoak azalduz. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/10/14/pdfs/BOE-A-2020-12214.pdf>

⁶⁷ Bazkideak ez dira plantilako langile legez zenbatuko. Izan ere, kooperatibak bazkide langileekin duen harremana ez da lan-harremana, sozietate-harremana baizik.

⁶⁸ Lan-kooperatibetan berdintasun erreala praktikatzea balio erantsi bat da erakundearentzat eta hark aitortu eta ezagutzera eman behar duen gizartearentzat; lan-kooperatibetan errazagoa da berdintasun-planak ezartzea, euren egitura eta barne-funtzionamenduak horretarako bidea ematen baitute; lan-kooperatibak, tamaina edo langile kopurua edozein izanik ere, berdintasuna lortzeko beharrezkoak diren lan- eta gizarte-berme guztiak barneratu behar ditu; ezin da GEK-ko politikarik gauzatu kooperatiban, bertan egon daitezkeen genero alorreko arazoei aurre egin gabe; kooperatibek gizon eta ema-

- Hirugarrenez, orain arte gauzatutako ekimenen jarraipen eta kontrola gauzatzeko teknikak garatzea. Tresna edo teknika hauek funtsezkoak dira jasotzen den informazioa ebaluatu eta sailkatzeko, egoera bakoitzak izan duen aurrerapen-egoera aztertzeke, eta, behar izanez gero, kontingentzia-neurriak onesteko. Ideia horren adibide bi dira ondoko hauek: alde batetik, nazioarte mailan, NBEk 2017an aurkeztu zuten “Genero WEP7⁶⁹” tresna, enpresek genero-berdintasun alorrean dituzten indargune, ahulezia eta aukerak identifikatzen dituenena. Bestetik, erkidego mailan, GEZKI-k 2019an pertsonen parte-hartzea neurtzeko tresna⁷⁰ bat garatu zuen, kudeaketa,

kumeen kopuru orekatuak ditu, hala ere, sarritan, euren ibilbide profesionalak ezberdinak dira; lan-kooperatibaren helburua beti da enpresa-bikaintasuna lortzea, eta LGEM-ek berdintasun-planak onetsi dituzten enpresei ematen dien bereizgarria lortzea, bikaintasun horren froga izan baitaiteke; lan-kooperatibek etengabe aztertu behar dituzten euren jarduerak eta kudeaketa-prozedurak; berdintasun-plan bat onesteak jarraipen hori erraztuko du, eta emakumeengan eragina izan ditzaketen alorrak ez ezik, hobetu daitezkeen beste arlo batzuk ere identifikatuko ditu; eta, azkenik, kooperatiban berdintasun-plan bat onesteak, pertsona guzti*ei* aplikatu dakiekeena, kooperatibarekin duten lotura alde batera utzita, pertsona horiek dituzten *status*-ak bateratzeko aukera eskainiko du, erakundearen duten egoera *de facto* berdinduz. <https://www.coceta.coop/publicaciones/guia-igualdad-cooperativas.pdf> (azken kontsulta 2022/04/22).

⁶⁹ Tresnak aukera anitzeko 18 galdera ditu. Galderak mundu osoko praktika egokietatik ateratzen dira eta genero-berdintasuna jorratzen dute lidergo, lantoki, merkatu eta komunitate gaitetan. Ebaluazioak ondoko gaiak lantzen ditu: genero-berdintasunerako estrategia batekiko konpromisoa, ordainsari-berdintasuna, langileen hautaketa, guraso eta zaintzaileentzako laguntza, emakumearen osasuna, hornitzaile inklusiboak, eta genero-berdintasunaren sustapena erakundeak jarduten duen komunitatean. Galdera bakoitza kudeaketa-esparru baten arabera antolatzen da. Esparru horrek neurri guztietako enpresa edo erakundeak orientatzen ditu, aurrerabidea formalki ezarri, ebaluatu eta komunikatu dezaten. <https://weps-gapanalysis.org/about-the-tool/> (azken kontsulta 2022/04/21).

⁷⁰ Tresnak galdetegi formatua du, eta bertan planteatutako aldagaiak aditu-talde batean egindako elkarrizketetatik atera ziren. Tresnak, aurkezpen batez gain, ebaluaziorako 5 bloke eta diagnostikorako gida bat du. Egitura ondokoa da: 1. Tresnaren aurkezpena; 2.

emaitza eta enpresaren jabetzan bakoitzak izan dezakeen parte-hartzea aurreikusten duena.

- Azkenik, hezkuntza eta praktika egokien partekatzea sustatzea. Hezkuntza ezinbestekoa da gizartearengan benetako aldaketa bat sortzeko. Horregatik, egokia litzateke, kooperatiben elkarlanaz baliatuta, erakundeen artean ezagutza edota eginera onak partekatzea. Izan ere, joan den urteko martxoaren 8an, NAKek “Genero Berdintasun arloan eginera egokien gida⁷¹” argitaratu zuen. Gida horrek, munduko hainbat kooperatibetan garatu izan diren ekimen eta eginerak bildu ditu, genero-berdintasuna sustatu dituztenak. Horren xedea da, elkarlana eta heziketa sustatuz, kooperatibetan genero-berdintasun errealera eragingo duten eginera berriak aplikatu edo ikastea.

V. ONDORIOAK

Gaur egun, genero-berdintasuna gure egunerokotasunean zabaltzea XXI. mendeko gizarte bezala dugun betebeharrak bat da. Are gehiago, juridikoki, bidezkoa edo justua den mundu bat lortzeko gure esku dagoen edozein ahalegin egin beharko genuke; tartean, jakina, enpresa-esparrua

Enpresaren profila; 3. Berdintasun eta diskriminaziorik ezaren aldeko politikak; 4. Enpresaren antolamendu-egitura; 5. Erabakiak hartzeko prozesuan eta kudeaketan emakumeek duten ordezkaritza; 6. Finantza-partaidetza; 7. Diagnostikorako gida. <https://www.gezki.eus/pdfs/65c99474ea.pdf> (azken kontsulta 2022/04/23).

⁷¹ Gida horrek 5 atal ditu, bat kontinente bakoitzeko. Horietako bakoitzean 3 kooperatiba hautatu dira, bakoitzak garatutako egitasmoak mahaigaineratuz. Europa mailan kooperatiba Espainiar bat eta Italiar 2 bildu dira. Espainiako kasua COLIVAL kooperatibarena da; Valdepeñas-eko oliva-kooperatiba horrek, 2020. urtean zehar Aukera Berdintasunerako Plana garatzeaz gain, aitzindaria da, emakumeen ordezkaritza oso zabala delako kooperatiban zehar, bai plantilan, bai Administrazio Kontseiluan. <https://www.agro-alimentarias.coop/ficheros/doc/06355.pdf> (azken kontsulta 2022/04/23).

dago. 2030 Agendako GJHak kontuan harturik, ezinbestekoa da kooperatibek (eta gainerako erakundeek) enpresa-munduan aukera-berdintasuna sustatuko dituzten eginera onak aplikatzeko ekimenak onestea. Gainera, horrelako egitasmoek eredu kooperatiboaren abantailak azpimarratuko ditu, ekonomia sozialaren eredu gailenduz. Hori dela bide, ondorio gisa, eta lan honetan egindako analisiaren arabera, eredu kooperatiboak genero-berdintasunari eskaini diezazkion ideia nagusiak nabarmenduko ditugu:

LEHENENGOA.– Kooperatiben 5. printzipioari helduta, hezkuntzak alor honetan ere duen garrantzia azpimarratzea, batik bat, aldetak ikusgarriak izan daitezen,. Ideia honek bi azpi-ondorio dakartza. Alde batetik, hezkuntza eta formakuntzaren edukiak kontrolatzeko beharra; bazkide orok aukera berdina izan ditzaten, eta batez ere emakumeen ahalduntzea eta genero-perspektiba ikerketa eta lan-mundura hedatu dadin. Bestetik, hezkuntza-horretan berdintasun materialaren ideia sustatzea, Kontseilu Artezkarian emakumeen lidergoa bultzatzeaz gain, gainerako bazkideek ere, berdintasunaren ideia orokor bat izan dezan, erakundecko edozein mailatan aplikatu daitekeena.

BIGARRENA.– Kontziliazioa benetako eskubide bilakatzea, bazkide orok bizitza familiarra eta kooperatibakoa uztartzeko oztopoak eraiki barik. Horretarako, ezinbestekoa da, ulerbidez, lan-bazkideek jasaten duten lan-karga kontrolatzea, eta posible bada, kooperatibak kontziliazioa bideratzeko baliabideak bultzatzea, telelana edo ordutegien malgutasuna kasu. Halaber, komenigarria litzateke kontziliazio-egitasmoen barnean, genero-rol edo estereotipoen apurketa jorratzea. Izan ere, oso ohikoa da emakumeek amatasuna oztopo legez aintzatestea euren ibilbide profesiona- nala geldiarazi dezaketelako, eta beraz, bien arteko aukeraketa derrigor- rrezkoa izatea, bateraezintasun uste hori dela eta.

HIRUGARRENA.– Genero-perspektiba bazkideen promozio-prozesuetan aplikatzeko premia. Ikuspuntu objektiboa eskaintzeaz gain, perspek-

tiba horrek genero-rolak apurtuko lituzke, emakumeen ahalduz eta lidergoa bultzatuz. Horrela, hautagaien arteko aukera-berdintasuna bermatuko litzateke eta beraz, emakumeek goi-karguetara heltzeko dituzten oztopoak ezabatuko lirateke.

LAUGARRENA.- Berdintasun-planak onesteko gomendioa kooperatiba guztietara zabaltzea, euren tamaina kontuan hartu gabe. Egia da, Legeak ezartzen dituen baldintzei jarraiki, kooperatiba batzuek ez dutela plana onesteko betebeharririk, baina kooperatiben idiosinkrasiak berez dakartzan genero-berdintasuna lortzeko abantailak, plana orokortasunez onesteak ekarriko luke berdintasun hori benetan bermatzea, eredu kooperatiboaren ekarpenak indartu eta hobetzeke dauden gaiak jorratzen lagunduz.

Horregatik guztiagatik, eredu kooperatiboaren balioa mahai gainean jarri eta enpresa eredu alternatibo, iraunkor eta berdinzale legez aurkeztu behar da. Orain arte enpresa eredu tradizional eraikitako estereotipo eta egoera sexistekin amaitu, eta berdintasunezko ingurugiro positibo bat eraikitzeko; produktibitatea eta eragingarritasuna mantenduz, baina pertsonen balio eta duintasuna une oro errespetatuz.

VI. BIBLIOGRAFIA ETA BESTE ITURRIAK

6.1. Bibliografia

ALWOOD, G., "Gender Equality in European Union Development Policy in Times of Crisis". *Political Studies Review*. 2020, 18 zk., 329-345. orr..

APILLUELO MARTIN, M., "Medidas de responsabilidad empresarial social de las empresas en materia de igualdad entre hombres y mujeres (Artículo 73 LOI)". Ondoko lanean: GOÑI SEIN, J. L., *Ética empresarial y códigos de conducta*. Madril: La Ley argitaletxea, 1. Edizioa, 2011, 487-530. orr.

ARRIETA IDIAKEZ, F.J., "Concreción de las entidades de la economía social". *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*. 2017, 116. zk., 33-56. orr.

AZURMENDI OTAEGI, J., *Pensamientos de Don José Maria Arizmendiarieta*. Nafarroa: Otorora Argitaletxea, 1. Edizioa, 1999

CAMPOAMOR RODRIGUEZ, C. E., Espainiako Errepublikako Gorte Nagusien saioen egunkaria, 1931, III. liburukia, 48.-62. zk., 1347-1940. orr.

CRACOGNA, D., “Principio 7º: Preocupación por la comunidad”. Hurrengo lanetik hartuta: *Notas de orientación para los principios cooperativos*. Panama: Nazioarteko Aliantza Kooperatiboa, 2015, 90-103. orr.

DE LA SAGRA, R., *Lecciones de Economía Social*. Madrid: Imprenta de Ferrer y Compañía arg., 1840, hurrengo aldizkaritik hartuta: *REIS Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1999, 88. zk., 273-296. orr.

GAMINDE EGIA, E., “El empoderamiento de la mujer en el cooperativismo vasco del siglo XXI”. Ondoko lanean: GADEA SOLER, E. eta ARRIETA IDIAKEZ, F. J., *La Sociedad Cooperativa Como Instrumento para Contribuir a la Integración Social y Laboral*. Madril: Dykinson argitaletxea, 1. edizioa, 2020, 226-266. orr.

HERNÁNDEZ ORTIZ, M. J.; GARCIA MARTÍ, E.; MARTINEZ JIMENEZ, R.; PEDROSA ORTEGA, C.; RUÍZ JIMENEZ, C., “El efecto de la diversidad de género sobre el rendimiento de las sociedades cooperativas agroalimentarias españolas”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, 133. zk., 1.-13. orr..

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “Mujer y Empresa: Análisis jurídico de la perspectiva de género en los órganos de decisión empresarial”. *Revista de Derecho Privado*, 2020, 5. zk., 3-28. orr.

LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, M., “La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español”. *Anuario jurídico y económico escorialense*, 2007, 40. zk., 181-194. orr.

POYATOS I MATAS, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”. *iQual. Revista de Género e Igualdad*. 2019, 2. zk., 1-21. orr.

SENET VIDAL, M. J., “El concepto de interés social en la cooperativa”. *Revista de Derecho Mercantil*. 2002, 244. zk., 705-724. orr.

SENENT VIDAL, M. J., “¿Cómo pueden aprovechar las cooperativas el talento de las mujeres? Responsabilidad Social Empresarial e igualdad real”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*. 2011, 105. zk., 57-84. orr.

VILLAFANEZ PÉREZ, I., “Principios y valores cooperativos, igualdad de género e interés social en las cooperativas”. *CIRIEC-España. Revista Jurídica de economía social y cooperativa*. 2017, 30. zk. 47-84 orr.

6.2. Legeria

Barne Legeria

Espainiako Konstituzioa, 1978ko abenduaren 29koa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren, 311. Zk., 1978ko abenduaren 29koa.

Martxoaren 22ko, 3/2007 Lege Organikoa, Emakumeen eta Gizonen arteko Berdintasun Efectiboa lortzekoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 71. zk., 2007ko martxoaren 23koa, 6115 or.

Uztailaren 16ko 27/1999 Legea, Kooperatibena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 170. Zk., 1999ko uztailaren 17koa, 27027. or.

Martxoaren 29ko 5/2011 Legea, Gizarte Ekonomiari buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 76.zk., 2011ko martxoaren 30ekoa, 5708. or.

Abenduaren 20ko, 11/2019 Legea, Euskadiko Kooperatibena. Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkariaren 247. zk., 2019ko abenduaren 30ekoa, 5891. or.

Urriaren 7ko, 5/2021 Legea, Euskadiko Kooperatiben abenduaren 20ko 11/2019 Legea aldatzekoa. Euskal Herriko Aldizkari Ofizialaren 209. zk., 2021eko urriaren 20koa, 5332 or.

Martxoaren 1eko, 6/2019 Errege Lege Dekretua, enpleguaren eta okupazioaren arloan emakumeen eta gizonen arteko tratu- eta aukera-berdintasuna bermatzeko premiazko neurriei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 57. zk., 2019ko martxoaren 7koa, 3244 or.

Urriaren 13ko 901/2020 Errege Dekretua, berdintasun planak xedatu eta erregistratzekoa, maiatzaren 28ko 713/2013 Errege Dekretua eraldatzen duena, hitzarmen eta akordio-kolektiboen erregistro eta depositoena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 272. zk., 87476. or.

Lege proiektua Emakumeen eta Gizonen Berdintasunerako Legearen bigarren aldaketa egiteko dena. Eusko Legebiltzarreko Aldizkari Ofizialaren 17. zk., 2020ko apirilaren 4koa, 1576. or.

Europar Legeria

Europar Batasuneko Funtzionamendurako Ituna. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 83. Zk., 2010eko martxoaren 30ekoa

Europar Parlamentuko eta Kontseiluko Zuzentarau-proposamena, gutxieneko soldata egokiei buruzkoa.

6.3. Jurisprudentzia

Konstituzio Auzitegiaren 38/1981 Epaia, azaroaren 23koa, Ref.VLex

Konstituzio Auzitegiaren 71/2020 Epaia, ekainaren 29koa, Ref.Vlex

Konstituzio Auzitegiaren 153/2021 Epaia, irailaren 13koa, Ref. Iberley

6.4. Bestelakoak

DEUSTUKO UNIBERTSITATEA. *Mujeres en las cooperativas vascas: una mirada en tiempos de pandemia*. Espainia: 2021eko urria. *Mujeres en las cooperativas vascas: una mirada en tiempos de pandemia | Actualidad | Deusto*.

EAAS. *Las mujeres en la ESS. Perfil de competencias y necesidades de formación para incrementar y visibilizar su liderazgo*. Espainia: 2021eko urtarrila. <https://www.economiasolidaria.org/wp-content/uploads/2021/02/Las-mujeres-en-la-ESS-1.pdf>.

EIN. *Enplegu-tasa eta genero-arrakala, adin-taldeen eta aldiaren arabera*. Espainia: 2020. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10879#!tabs-grafico>.

EIN. Biztanleria egoiliarra dataren, sexuaren eta adinaren arabera. Espainia: 2020. Espainia: 2020. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10256#!tabs-grafico>.

EUROPAR BATZORDEA:

- *Strategy for equality between men and women (2010-2015)*. Belgika: 2010eko iraila. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0491:FIN:EN:PDF>
- *Genero berdintasunerako Konpromiso Estrategikoa (2016-2019)*. Belgika: 2016ko martxoa. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/24968221-eb81-11e5-8a81-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF>
- *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*. Belgika: 2020ko martxoa. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES>
- *EU Gender Action Plan III: An ambitious agenda for Gender Equality and Women's empowerment in EU external action*. Belgika: 2020ko azaroa. https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/join-2020-17-final_en.pdf

EUROPAR KONTSEILUA. Genero Berdintasunerako Europako Ituna (2011-2020). Belgika: 2011ko maiatza. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525(01)&from=ES)

EUROPAR PARLAMENTUA. *Gender equality and women's empowerment: transforming the lives of girls and women through EU external relations 2016-2020*. Belgika: 2018ko maiatza. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/joint-staff-working-document-gender-equality-and-womens-empowerment-transforming-lives-girls-and_en

EUSKO JAURLARITZAKO LAN ETA JUSTIZIA SAILA. 2018ko Ekonomia Sozialaren Estatistika. 2019ko Aurrekaria. Espainia: 2019ko urtarrila. https://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/ecosoc_2018/es_ecosoc/ESTADISTICA-DE-LA-ECONOMIA-SOCIAL_2018_Y-AVANCE_2019.pdf

EUSTAT. *Estatistika taulak Euskal AEko gizarte-ekonomiako enpleguaren banaketa sexuari jarraiki (%)*. 2018. Espainia: 2019. https://eu.eustat.eus/elementos/ele0009600/ti_distribucion-del-empleo-en-la-economia-social-de-la-ca-de-euskadi-segun-sexo--2018/tbl0009601_e.html

GEZKI. *El género en el Centro de la participación. Herramienta de análisis avanzado de la participación de las mujeres trabajadoras en las empresas de Gipuzkoa*. Espainia: 2019ko urtarrila. <https://www.gezki.eus/pdfs/65c99474ea.pdf>

LAN ETA GIZARTE-EKONOMIAREN MINISTERIOA. *Estatistikak: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadísticas: 2020ko Estatistika urtekariaren aurrerapena. Lan merkatua: kooperatibak*. <https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2020/index.htm>.

LAN ETA JUSTIZIA SAILA. *Gizarte-ekonomiako 2018ko estatistika, eta 2019ko aurrerapena*. https://www.eustat.eus/elementos/ele0017400/estadistica-de-la-economia-social-vasca-2018-y-avance-2019-pdf-24-mb/inf0017413_c.pdf.

LEKEK:

- *Las mujeres en las cooperativas de trabajo. Estudio sobre la realidad social y laboral de las mujeres en las Cooperativas de Trabajo en España*. Espainia: 2018ko urtarrila. <https://www.coceta.coop/publicaciones/estudio-mujer-cooperativismo-coceta-2019.pdf>
- *Guía para la elaboración de planes de igualdad en las cooperativas de trabajo*. Espainia: 2022ko martxoa. <https://www.coceta.coop/publicaciones/guia-igualdad-cooperativas.pdf>

MERKATUEN ETA BALIOEN NAZIO BATZORDEA:

- *Sozietate Kotizatuen Gobernu Ona* (Olivencia Txostena). Espainia: 1998ko otsaila <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>.
- *Merkatueta eta sozietate kotizatueta gardentasuna eta segurtasuna sustatzeko batzorde bereziaren txostena* (Aldama Txostena). Espainia: 2003ko otsaila. <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>.

*Genero-berdintasunaren errealitatea eta erronkak enpresa-esparruan:
kooperatiben ekarpena*

- *Gobernu Onaren Kode Bateratua*. Espainia: 2006ko maiatza. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf.
- *Sozietate Kotizatuen Gobernu Onaren Kodea*. Espainia: 2015eko otsaila. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf.
- *Sozietate Kotizatuen Gobernu Onaren Kodea*. Espainia: 2020ko ekaina. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf.
- *NAK. Genero Berdintasunerako eginera egokien gida*. Belgika: 2021eko urtarrila. <https://www.agro-alimentarias.coop/ficheros/doc/06355.pdf>.

NAZIO BATUEN ERAKUNDEA:

- *Emakumeari buruzko munduko laugarren konferentziaren txostena*. Txina: 1995ko iraila. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>
- *2030 Garapen Jasangarrirako Agenda*. AEB: 2015eko urria. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E
- *2020ko berrikuspenaren adierazpen politikoa*. AEB: 2020ko martxoa. <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/Internacional/docs/CSW/DeclaracionPoliticaConsensuada.pdf>

THE CONVERSATION. Las cooperativas y la igualdad de derechos y oportunidades. Espainia: 2021eko martxoa. <https://theconversation.com/las-cooperativas-y-la-igualdad-de-derechos-y-oportunidades-178610>.

Adingabe transen babesu espainiar antolamendu juridikoan: aipamen berezia Euskadiko kasuari*

LATTIE UGALDE PEÑA

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko eta
Enpresen Administrazioa eta Zuzendaritzako gradudun bikoitza
Graduado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas por la Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 10/11/2022

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 24/05/2023

Laburpena: Nortasuna pertsona bakoitza ezberdin eta bakar bihurtzen duen elementua da, txiki-txikitatik garatzen doana, banakoaren arabera era batera edo bestera aldatuz. Nortasun honen barruan, atal desberdinen artean, bakoitzaren genero identitatea aurki daiteke, edonorentzat funtsezkoa delarik. Hori norbanakoari jaiotzan esleitutako sexuarekin bat etor daiteke, edo ez, azken hau pertsona transen kasu berezia izanik. Genero identitatearen nortasunezko izaera kontuan izanda, garbi dago hura eskubide legez ez aitortzeak pertsona trans bakoitzaren esentzia modu larrian kaltetzen duela, sentitutako sexuaren arabera garatzea galaraziz.

Larritasun hau areagotu egiten da pertsona adingabeen kasuan, jadanik ikusezintasunaren biktima den taldea, esan bezala, bizitzako une horretan hasten baitu bakoitzak bere identitaterako bidea. Era berean, eskubide bakan honek gizarte-bi-

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya Saria”ren VII. Edizioan saritutako lana, Akademia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2022 ean emana.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
DL./L.G.: BI-1677-03

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretua
Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVIII. Nº 31. Enero-Diciembre, 2023, pp. 289-340
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVIII. urtea. 31 zk. 2023, Urtarrila-Abendua, 289-340 or.

zitzaren esparru anitz ukitzen dituela agerikoa da, subjektu bakoitzaren izaeraren funtsezko osagaia izanik. Hori hala izanda, nahitaezkoa da pertsona transen eskubideak, orokorrean, eta adingabe transenak bereziki, ikuspuntu integral batetik iker-tzea, genero identitaterako eskubideak barneratzen dituen ondorioen zabaltasuna ulertzeko asmoz.

Gako-hitzak: adingabe trans; genero identitatea; pertsona transen eskubideak.

La protección de los menores trans en el ordenamiento jurídico español: mención especial al caso vasco

Resumen: La personalidad es el elemento que hace diferente y única a cada persona, que se va desarrollando desde muy pequeños, y que varía de un individuo a otro. Dentro de esta identidad, entre sus diferentes aspectos, se puede encontrar la identidad de género, fundamental para cualquiera. Esta identidad puede coincidir con el sexo asignado a cada individuo al nacer, o no, siendo este último el caso particular de las personas trans. Teniendo en cuenta el carácter identitario de la identidad de género, está claro que el hecho de que no se reconozca a la identidad de género como un derecho afecta gravemente a la esencia de cada persona trans, impidiendo su desarrollo en función del sexo que siente.

Esta gravedad se acrecienta en el caso de las personas menores de edad, un colectivo víctima de la invisibilidad, que, como se ha dicho, en ese momento de la vida inicia el camino hacia su propia identidad. Asimismo, es evidente que este derecho afecta a múltiples ámbitos de la vida social, al tratarse de un elemento esencial de la personalidad de cada sujeto. Por ello, es preciso investigar sobre los derechos de las personas trans desde un punto de vista integral, y de los menores trans, en particular, con el ánimo de comprender las consecuencias que el derecho a la identidad de género supone en toda su amplitud.

Palabras clave: menores trans; identidad de género; derechos de las personas trans.

The protection of trans minors in the Spanish legal system: special mention to the Basque case

Abstract: Personality is the element that makes each person different and unique, which develops from a very young age, and varies from one individual to another. Within this identity, among its different aspects, one can find gender identity, fundamental for anyone. This identity can coincide with the sex assigned to each individual at birth, or not, the latter being the particular case of trans people. Taking into account the identity nature of gender identity, it is clear that the fact that gender identity is not recognized as a right seriously affects the essence of each trans person, preventing their development based on the sex they feel.

This seriousness increases in the case of minors, a group that is victims of invisibility, which, as has been said, at that moment in life begins the path towards its own identity. Likewise, it is evident that this right affects multiple areas of social life, as it is an essential element of the personality of each subject. For this reason, it is necessary to investigate the rights of trans people from an integral point of view, and of trans minors, in particular, with the aim of understanding the consequences that the right to gender identity entails in its entirety.

Key words: trans minors; gender identity; rights of trans people.

AURKIBIDEA: LABURDUREN ZERRENDA. SARRERA. I. TRANSEXUALITATEA NAZIOARTEAN. (1.1.) Nazioarteko Zuzenbideko ereduaren bilakaera historikoa. (1.2.) Nazioarteko “Genero Identitatearen Zuzenbidea”. a) Yogyakartako Printzipioak. b) Nazio Batuen Erakundearen ekarpenak. (1.3.) Adingabe transen kasu berezia. II. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA EUROPAKO KONTSEILUAN. (2.1.) Europako Kontseiluaren txosten eta ebazpenak. (2.2.) Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentzia. III. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA EUROPAR BATASUNEAN. (3.1.) Oinarriak: Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentzia. (3.2.) Europar Batasuneko Zuzenbidearen babespeko pertsona transak egun. IV. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA ESTATU MAILAN. (4.1.) Genero identitatearako eskubidearen Konstituzio oinarria. (4.2.) Transexualitatearen sinplifikazio juridikoa Estatu mailan. a) Jatorrizko jurisprudentzia garapena. b) 3/2007 Legea, martxoaren 15ekoa, pertsonen sexu aipamenaren erregistro zuzenketa arautzekoa. (4.3.) Adingabe transen genero identitatearen aintzatespenerantz. (4.4.) Pertsona transen berdintasun erreal eta eragingarrirako eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzeko Lege Aurreproiektua. V. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA AUTONOMIA ERKIDEGOETAN. (5.1.) Euskadiko kasua: oinarrietatik etorkizunerantz. VI. DE LEGE FERENDAKO PROPOSAMENAK. VII. ONDORIOAK. VIII. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK. (8.1.) Bibliografia. (8.2.) Legeria. (8.3.) Jurisprudentzia.

LABURDUREN ZERRENDA

EAO:	Estatuko Aldizkari Ofiziala
EBAO:	Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala
EBJA:	Europar Batasuneko Justizia Auzitegia
EBOEG:	Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutuna
EESKNI:	Eskubide Ekonomiko, Sozial eta Kulturalen Nazioarteko Ituna
EK:	Espainiako Konstituzioa
Erref.:	Erreferentzia
EZPNI:	Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Ituna
GEAU:	Giza Eskubideen Aldarrikapen Unibertsala
GEEA:	Giza Eskubideen Europako Auzitegia
GEEH:	Giza Eskubideen Europako Hitzarmena
HEBH:	Haurren Eskubideei buruzko Hitzarmena
NBE:	Nazio Batuen Erakundea
NBG:	Nazio Batuen Gutuna
NBGEB:	Nazio Batuen Giza Eskubideen Batzordea
NBGEGM:	Nazio Batuen Giza Eskubideetarako Goi Mandataria
or(r).:	orrialdea(k)
zkoa:	zenbakia
Z.O.:	Zuzenbideko Oinarria

SARRERA

Nortasuna pertsona bakoitza ezberdin eta bakar bihurtzen duen elementua da, txiki-txikitatik garatzen doana, banakoaren arabera era batera edo bestera aldatuz. Nortasun honen barruan, atal desberdinen artean, bakoitzaren genero identitatea aurki daiteke, edonorentzat funtsezkoa delarik. Hori norbanakoari jaiotzan esleitutako sexuarekin bat etor daiteke, edo ez, azken hau pertsona transen kasu berezia izanik.

Genero identitatearen nortasunezko izaera kontuan izanda, garbi dago hura eskubide lege ez aitortzeak pertsona trans bakoitzaren esentzia modu larrian kaltetzen duela, sentitutako sexuaren arabera garatzea galaraziz. Larritasun hau areagotu egiten da pertsona adingabeen kasuan, jadanik ikusezintasunaren biktima den taldea, esan bezala, bizitzako une horretan hasten baitu bakoitzak bere identitaterako bidea.

Era berean, eskubide bakan honek gizarte-bizitzaren esparru anitz ukitzen dituela agerikoa da, subjektu bakoitzaren izaeraren funtsezko osagaia izanik. Hori hala izanda, nahitaezkoa da pertsona transen eskubideak, orokorrean, eta adingabe transenak bereziki, ikuspuntu integral batetik ikertzea, genero identitaterako eskubideak barneratzen dituen ondorioen zabaltasuna ulertzeko asmoz.

Hau jakinda, lan honen helburua espainiar antolamendu juridikoak adingabe transei eskainitako babesa aztertzea litzateke, euren genero identitaterako eskubidea bermatuta ote dagoen ikertuz. Hortaz, Nazioarteko Zuzenbidetik hasita, Estatuan ezargarri diren iturriak kontuan izango dira, Euskadiko kasuari aipamen berezia eskainiz. Horretarako, iraganari eta orainari erreparatzeaz gain, etorkizunari buruzko gogoeta ere egingo da, egun aurreikusitakoa indartzeko asmoz, proposamenak aurkeztuz.

Lanaren xedea betetzeko beharrezko zen ikerketa egite aldera erabilitako metodologia doktrinaren, legeriaren eta jurisprudentziaren azterke-

tan oinarritu da, era egokian jasoak, metodo kontinentalaren arabera. Aipatutako iturriak eskuratzeko tresnei dagokienez, Océano, Dialnet, EAO, EBAO, EUR-lex, Aranzadi Instituciones eta CENDOJ datu baseak erabili dira, besteak beste.

I. TRANSEXUALITATEA NAZIOARTEAN

1.1. Nazioarteko Zuzenbideko ereduaren bilakaera historikoa

Zuzenbidea ezin da gizartetik at existitu, azken honekin batera sortu eta eraldatzen doan zientzia baita. Hortaz, orokorrean gertatu legez, pertsona transen inguruko nazioarteko arauketaren esparruan ere bilakaera bat bizi izan da¹.

Lehenik, transexualitatea eredu mediku bidez ulertzen zen, gaitzat joz. Pertsona transen bazterkeria euroi leporatzen zitzaien, hura saihesteko era bakarra pertsona transak tratamendu bidez “osatu” eta generoaren ikuskera bitarrera moldatu ostean berriz gizarteratzea izanik². Hori Gai-xotasunen Nazioarteko Sailkapenak (CIE-9) eta Buru asalduren diagnosi eta estatistika eskuliburuak (DSM-III) indartu zuten, aurreikusitako gai-xotasunen artean “transexualitatea” barneratuz.

Gutxinaka, oinarri guztiz kontrakoak dituen eredu baterainoko trantsizioa somatzen hasi da: aintzatespenaren eredu, transexualitatea gizakion aniztasunaren barruan gertatzen den fenomenotzat jotzen duena. Hala, pertsona transek bizitako bazterkeria ez zaio euren genero identitateari

¹ HAMMARBERG, T. “Derechos Humanos e Identidad de Género”. *TvT argitalpen-saila*. 2010eko urtarrila, 1. lib., 3. or.

² LENGUA PARRA, A. “La trans-formación del Derecho: La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger la identidad de género de las personas trans”. *Ius et veritas*. 2019ko azaroa, 59. zkia., 210.-211. orr.

zor, gizartetik datozen eragozpenei baizik, eta horiek leuntzeko bideak sortzea litzateke konponbidea.

Ikus daitekeenez, eredu hau genero identitatearen planteamendu integralago baten isla da, pertsona transen eskubideak babesteko proposa-
goa. Hori, arestian aipatutako eskuliburu medikuek “transsexualitatearen”
ordez “genero disforia” jasotzearekin batera, erabakigarria izan zen, eredu
hau sendotze aldera³.

1.2. Nazioarteko “Genero Identitatearen Zuzenbidea”

Giza Eskubideei buruzko itunek berdintasuna dute oinarri, xedapen
jakinek arrazoi zehatzetan oinarritutako bereizkeria erabat debekatzen
dutelarik⁴. Hori gertatzen da NBGarekin⁵, GEAUrekin⁶, EZPNirekin⁷
eta EESKNirekin⁸. Xedapenotan, arrazoiak zerrendatzean, ez zaio gene-
ro identitateari aipamenik egiten⁹.

³ LENGUA PARRA, A. “La trans-formación del Derecho...”. *Op. cit.*, 211.-213. orr.

⁴ NAZIO BATUEN GIZA ESKUBIDEETARAKO GOI MANDATARIAREN BULEGOA. *Informe sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Geneva: Nazio Batuen Giza Eskubideetarako Goi Mandatariaren Bulegoa, 2011ko azaroak 17, A/HRC/19/41.

⁵ Nazio Batuen Gutuna, San Frantziskon sinatua 1945eko ekainaren 26an.

⁶ Giza Eskubideen Aldarrikapen Unibertsala, Parisen sinatua 1948ko abenduaren 10ean.

⁷ Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Ituna, New Yorken sinatua 1966ko abenduaren 19an. Espainiaren atxikitze tresna, 1977ko apirilaren 30ekoa, EBAOren 103. zkia.

⁸ Eskubide Ekonomiko, Sozial eta Kulturalen Nazioarteko Ituna, New Yorken sinatua 1966ko abenduaren 19an. Espainiaren atxikitze tresna, 1977ko apirilaren 30ekoa, EBAOren 103. zkia.

⁹ Ikus NBGko 1.3 artikulua, amaiera-esapide gabe bukatzen dena; eta GEAUko, EZPNIko eta EESKNiko 2.1, 2.1 eta 2.2 artikulua, hurrenez hurren, aipatutako zerrenda “edo bestelako baldintzengatik” esapidez bukatzen dutenak.

Zinez, halako zerrendak *numerus apertus* izaerakoak dira, arrazoiak adibide adierazgarritzat hartu behar direlarik, nazioarteko organoek bestelako inguruabarrak gehitzea posible izanik¹⁰.

Hori hala izanda, MARTÍNEZ DE PISÓN¹¹-en aburuz, genero identitatea zio zehatz bezala ez aurreikusteak pertsona transen eskubideak kalte ditzake, euren errealitatearen ikusezintasuna areagotuz. Edonola ere, horrek ez du Nazioarteko “Genero Identitatearen Zuzenbidea” eratzea galarazi, izaera anitzeko iturri bidez.

a) *Yogyakartako Printzipioak*

Yogyakartako Printzipioak¹² 2006an batzartutako giza eskubideen arloko adituen lanaren emaitza dira, Nazioarteko Giza Eskubideei buruzko arauketatik eratorritako printzipio juridikoak eratzea helburu zuena, sexu-orientazio eta genero identitateagatiko eskubide urraketeki aplikatze-koak, Estatuen betebeharrak ere argituz.

Nabarmentzekoa da Yogyakartako bigarren printzipioa, beren beregi jasotzen baitu “genero identitatea” bereizkeria arrazoi moduan. Horrez gain, genero identitate kontzeptuaren definizioa¹³ jasotzen du.

¹⁰ LENGUA PARRA, A. “La trans-formación del Derecho...”. *op. cit.*, 214.-215. orr.

¹¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “Sexo, Género y Derechos: Del ‘Derecho a la Orientación Sexual y la Identidad de Género’ al ‘Derecho a la Libre Determinación del Género’”. *Derechos y libertades*. 2022ko urtarrila, 46. zkia., 39.-41. orr.

¹² JURISTEN NAZIOARTEKO BATZORDEA. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Yogyakartako Printzipioen webgunea: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf (Azken kontsulta 2022ko apirilaren 5ean).

¹³ “Genero identitatea norberak generoaz duen barne bizipena da, bakoitzak sakonean sentitzen duen moduan; eta hori bat etor daiteke, ala ez, jaiotzazko sexuarekin. Bizipenaren barne daude gorputzaren bizipen pertsonala (batzuetan itxura edota gorputz funtzioak aldaraztera ere irits daiteke mediku, kirurgi nahiz bestelako bitartekoak baliatuz, be-

*Adingabe transen babesa espainiar antolamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

Euron izaera loteslea ez bada ere, Estatu askok horiexek oinarri hartzea erabaki dute, euren barne-legeria espezifikoa garatzeko. Are gehiago, nazioartean ere, NBGEbk berenganatu ditu, hala nazioarteko giza eskubideei buruzko arauketaren ezarpenaren printzipio gidatzaileak bilakatuz.

b) *Nazio Batuen Erakundearen ekarpenak*

NBEaren giza eskubideei buruzko testuen genero identitatearen aipamen eza gainditzeko ekarpen anitz egin dira, lotesle ez diren testu eta adierazpen bidez.

Hasteko, NBGEbren 35. Ohar Orokorra nabarmentzekoa da, EZPNiko 9. artikuluari buruz mintzo dena. Bertan, “genero identitatean oinarritutako indarkeria” aipatzen da, bereizkeria arrazoi bat izan daitekeela aitortuz¹⁴.

Ildo beretik, Nazio Batuen Eskubide Ekonomiko, Sozial eta Kulturaren Batzordeak argitaratutako 20. Ohar Orokorrak EESKNiren “edo bestelako baldintza sozialengatik” esapideak barneratzen dituen inguruabarren artean genero identitatea ere badagoela konfirmatzen du¹⁵.

Idea hau indartze aldera, Batzorde hauek pertsona transen bereizkeriari buruzko aipamenak egin dituzte bestelako agirietan ere, esparru ezberdinei dagokienez¹⁶.

tiere aukera hori nahita egin denean) bai eta bestelako genero adierazpenak ere, hala nola janzkera, hizketa modua eta jokamoldeak”.

¹⁴ NBGEB. *Observación general n° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*. 2014ko abenduak 16, CCPR/C/GC/35, 9. paragrafoa.

¹⁵ NAZIO BATUEN ESKUBIDE EKONOMIKO, SOZIAL ETA KULTURALEN BATZORDEA. *Observación general n° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 2009ko uztailak 2, E/C.12/GC/20, 32. paragrafoa.

¹⁶ Ikus NBGEB. *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto: Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda*. 2008ko uztailak

Bestalde, NBGEbk, 2011ko uztailek 14ko A/HRC/RES/17/19 ebazpena zela bide, NBGEGMri txosten bat prestatzea esleitu zion, sexu-orientazio eta genero identitateari begira diskriminatzaileak ziren legeen eta arrazoiotan oinarritutako indarkeriaren ingurukoa¹⁷. Ondorioz, NBGEGMk lehen txostena¹⁸ argitaratu zuen 2011n, eskatutakoa aztertuz eta bereizkeriok gainditzeko Nazioarteko Giza Eskubideen Zuzenbidea aplikatzeko erak gomendatuz. Ebazpenaz geroztik, genero identitatea NBEaren lehentasunezko gaien artean dago, gaiari buruzko Aditu Independentea eratzea erabaki zelarik¹⁹.

1.3. Adingabe transen kasu berezia

Kolektibo transak jasandako bazterkeria areagotu egiten da, trans izaiteari adingabe izatea gehitzen bazaio. Ildo horretatik, orain arte aztertutako iturriak adingabe transei ezargarri zaizkie, adingabetasun inguruabarretik eratorritakoekin batera.

Noski, HEBH²⁰ da erreferentziazko testu loteslea, esparru honetan. Hitzarmen honek ere ez du genero identitatea bereizkeria arrazoi mo-

30, CCPR/C/IRL/CO/3, 8. paragrafoa; NAZIO BATUEN ESKUBIDE EKONOMIKO, SOZIAL ETA KULTURALEN BATZORDEA. *Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant: concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Poland*. 2009ko abenduak 2, E/C.12/POL/CO/5, 12. paragrafoa; besteak beste.

¹⁷ NBGEB. *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos*. 2011ko uztailek 14, A/HRC/RES/17/19.

¹⁸ NAZIO BATUEN GIZA ESKUBIDEETARAKO GOI MANDATARIAREN BULEGOA. *Informe sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Geneva: Nazio Batuen Giza Eskubideetarako Goi Mandatariaren Bulegoa, 2011ko azaroak 17, A/HRC/19/41.

¹⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. "Sexo, Género y Derechos...". *Op. cit.*, 44. or.

²⁰ Haurren Eskubideei buruzko Hitzarmena, New Yorken sinatua 1989ko azaroaren 20an. Espainiaren atxikitze tresna, 1990eko abenduaren 31koa, EAoren 313. zkia.

*Adingabe transen babesaren antolatamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

duan aurreikusten bere 2.1 artikuluan. Hala ere, Haurren Eskubideen Batzordearen 15. Ohar Orokorrek²¹ xedapen horrek genero identitateagatiko bereizkeria debekatzen duela argitu zuen.

Horrez gain, Haurren Eskubideen Batzordearen 20. Ohar Orokorrek adingabe transek euren genero identitatea errespetatua izateko eskubidea dutela azpimarratzen du. Gainera, Estatuek derrigorrezko sexu berresleipen kirurgiak ezartzen dituzten legeak indargabetu²² eta adingabe transak babesteko beharra adierazten du²³.

Are gehiago, HEBHak adingabeen ikuskera goitik behera eraldatu zuen, izan ere, horiek babespeko objektu gisa tratatu ordez, Zuzenbideko subjektutzat hartzen ditu²⁴. Ondorioz, adingabe transen esparrura hurre-ratuta, hauek giza eskubide ororen titular direla suposatzen du horrek, eta Hitzarmeneko Estatu sinatzaile ezberdinetan pertsona trans helduei aitortutako eskubideak adingabeen ere ezargarri izan beharko litzaizkiekeela²⁵.

²¹ NAZIO BATUEN HAURREN ESKUBIDEEN BATZORDEA. *Observación general n° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. 2013ko apirilak 17, CRC/C/GC/15.

²² Eskaera hau Yogyakarta-ko Printzipioen “genero identitate” definizioarekin bat dator, baita 18. printzipioarekin ere, abusu medikuen aurkako babesari buruzkoa.

²³ Horrez gain, beste zenbait agirik ere adingabe transen eskubideen babesaren alde egiten dute, hala nola, geroago aipatutako den 2048 (2015) ebazpenak edo NBGEGMaren 2016ko txostenak (NAZIO BATUEN GIZA ESKUBIDEETARAKO GOI MANDATARIAREN BULEGOA. *Living Free & Equal: What States are Doing to Tackle Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*. 2016ko urria, HR/PUB/16/3, 121. or.).

²⁴ LENGUA PARRA, A. “La trans-formación del Derecho...”. *Op. cit.*, 222. or.

²⁵ Zuzenbide konparatu legez, ikus Giza Eskubideen Sistema Interamerikarra osotzen duten Batzorde eta Gortearen txosten eta epaiak, genero identitatearen esparruan aurrerakoiak baitira.

II. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA EUROPAKO KONTSEILUAN

2.1. Europako Kontseiluaren txosten eta ebazpenak

Esparru honetan, adingabeentzako xedapen berezirik ez dagoenez, testu orokorrak dira ezagarri. Zentzu honetan, Europako Kontseiluko Giza Eskubideen Kontseilariak landutako 2009ko *Issue Paper*²⁶ funtsezkoa da, Giza Eskubide eta Genero Identitateari buruzkoa. Bertan, pertsona transen eskubideen babeserako oinarri har daitekeen Zuzenbideari aipamena egiten zaio. Dena dela, atal esanguratsuen Estatu kideentzako gomendioen zerrenda litzateke. Laburbilduz, gomendioak hurrengo gaiet buruzkoak dira: a) Pertsona transak genero identitateagatik bereizkeriaren aurrean babestea; b) Genero identitatea aldatzeko prozesuan euren duintasunaren aurkako baldintzak ez eskatzea; eta c) Gizartea transexualitatearen eta horrek dakartzan bereizkerien gainean hezteak.

Bestalde, 2048 (2015) ebazpenak ere, Europan pertsona transek jasandako bereizkeriari buruzkoa²⁷, Estatu kideentzako gomendioak dakartza. Oraingoan, testuak berak atal ezberdinetan sailkatzen ditu, babestu nahi den esparruaren arabera: a) Bereizkeriaren aurkako arauketa; b) Generoaren legezko aintzatespena²⁸; c) Osasuna eta generoa berresleitzeko tratamendua; eta d) Informazioa, kontzientziazioa eta hezkuntza.

²⁶ HAMMARBERG, T. “Derechos Humanos e Identidad de Género”. *TvT argitalpen-saila*. 2010eko urtarrila, 1. lib., 3. or.

²⁷ EUROPAKO KONTSEILUKO PARLAMENTUKO ASANBLADA. *Resolution 2048-Discrimination against transgender people in Europe*. 2015eko apirilak 22, 2048 (2015).

²⁸ Azpimarragarria da, atal honetan, adingabeen interesak babesteko gomendioa.

2.2. Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentzia

GEEHk²⁹ ez du genero identitateri buruzko xedapenik aurreikusten, hortaz, GEEAk 8. artikuluko bititza pribaturako eskubidearen osagai gisa interpretatu du kontzeptu hau. Auzitegiak erabateko trantsizioa izan duela esan beharra dago, esparru honi dagokionez.

Hasieran, GEEAren jurisprudentziak eredu medikua islatzen zuen. Pertsona transen eskubideei buruzko lehen epaia 9532/81 zenbakikoa litzateke, 1986ko urriaren 17koa³⁰. Kasuan, Erresuma Batuak ez zion demandatzaileari jaiotza agiriko sexu aipamena eraldatzen utzi, Estatuaren aburuz hori faltsutzea bailitzake, erregistroko aipamenei sexu biologikoari soilik erreferentzia egin dakioketen heinean. Estatuak haren esku zegoen guztia egin zuela argudiatu zuen Auzitegiak, barne-legeriak ezarritako mugekin bat; pertsona transei buruzko legeriari zegokionez Estatu kideen irizpen-tartea zabala zela baieztatuz eta transexualitatea eredu medikuaren arabera definituz, GEEHko 8. artikulua urratu gabe³¹.

Ikuspegi aldaketa 28957/95 zenbakiko epai entzutetsuan eman zen, 2002ko uztailaren 11koa³². Lehenagoko kasuetan gertatu legez, demandatzaileak, emakume transa, Erresuma Batuaren kontra egin zuen, GEEHaren 8. artikulua urraketa alegatuz, Estatuak bere jaiotza agiriko sexu aipamena aldatzeari uko egin baitzion, bere eskubideak kolokan

²⁹ Europako Kontseiluko Giza Eskubideen eta Oinarrizko Askatasunen Europako Hitzarmena, Erroman sinatua 1950eko azaroaren 4an. Espainiaren atxikitze tresna, 1979ko urriaren 10ekoa, EAoren 243. zkia.

³⁰ GEEAren 9532/81 epaia, 1986ko urriaren 17koa, Rees Erresuma Batuaren kontra.

³¹ Zentzu berean: GEEAren 10843/84 epaia, 1990eko irailaren 27koa, Cossey Erresuma Batuaren kontra; eta GEEAren 21830/93 epaia, 1997ko apirilaren 22koa, X, Y eta Z Erresuma Batuaren kontra.

³² GEEAren 28957/95 epaia, 2002ko uztailaren 11koa, Christine Goodwin Erresuma Batuaren kontra.

jarriz. GEEAk, lehen aldiz, bere doktrina jurisprudenziala atzean utzi eta kasua GEEHaren benetako helburua babesteko era egokian interpreta-tzea erabaki zuen, orduko inguruabarren argitan³³.

GEEAren aburuz, sexu aipamenaren aldaketa ezak demandatzailearen-ganako bereizkeria zekarren, esparru ezberdinetan³⁴. Horrez gain, lehe-nago jarraitutako eredu medikuak pertsona transen lege aintzatespenean eraginik izan behar ez lukeela adierazi zuen Auzitegiak³⁵. Bukatzeko, halako bereizkeriak iraganean Estatuari aitortutako irizpen-tarte zabale-tik kanpo daudela azaldu zuen, Estatuak pertsonen genero identitatea errespetatu dadin beharrezko agiriak luzatu behar dituztela argituz, eta 8. artikulua urratu zela epaituz³⁶.

Auzitegiak ondoren emandako epaiak zentzu bera jarraitzen dute, dok-trina hau bateratuz. Euren artean, 35968/97 zenbakiko epaiak, 2003ko ekainaren 12koa³⁷, ekarpen interesgarria egiten du, Estatuaren betebeharre-i dagokienez. GEEAk sexua berresleitzeko kirurgia jasotzeko “behar me-dikua” egiaztatzeko derrigortasuna baztertu zuen. Hortaz, Estatu batek pertsona transei halako kirurgia jasotzeko aukera ukatzeak GEEHeko 8. artikulua urraketa suposatzen du. Horrenbestez, Auzitegiak identitate aldaketa prozesu bat hastea norberaren esku dagoela aitortu zuen, identi-tate autodeterminaziorako lehen funtsak agertuz³⁸.

³³ Christine Goodwin Erresuma Batuen kontra, 74 eta 75 paragrafoak.

³⁴ Christine Goodwin Erresuma Batuen kontra, 76 eta 77 paragrafoak.

³⁵ Christine Goodwin Erresuma Batuen kontra, 83 paragrafoa.

³⁶ Christine Goodwin Erresuma Batuen kontra, 93 paragrafoa.

³⁷ GEEAren 35968/97 epaia, 2003ko ekainaren 12koa, Van Kück Alemaniaren kontra.

³⁸ MERINO SANCHO, V. “Una Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de De-rechos Humanos sobre la Intimidad Sexual y la Autonomía Individual”. *Derechos y liberta-des*. 2018ko urtarrila, 38. zenbakia, 349. or.

III. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA EUROPAR BATASUNEAN

3.1. Oinarriak: Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentzia

Europar Batasunera hurreratuta, EBOEGak³⁹ bereizkeriarik eza bere 21. artikuluan jasotzen badu ere, debekatutako arrazioen artean ez da genero identitatea aurreikusten. Horrela, eskubide honen oinarriak finkatze aldera, EBJA izan da protagonista.

EBJAK bere C-13/94 epaian, 1996ko apirilaren 30ekoa⁴⁰, aztertu zuen pertsona trans baten inguruko kasu bat, estreinakoz. Kasuan, demanda-tzaileak sexu-bereizkeriaren biktima izan zela alegatu zuen; lanetik bidegabe kaleratua izan baitzen, sexua berresleitzeko kirurgia jaso izanean oinarrituta.

Auzitegiak 76/207/EEE Zuzentarauko⁴¹ 5.1 artikularen urraketa baieztatu zuen, lan esparruko tratu berdintasunaren esangurari buruzkoa, izan ere, Zuzentaruaren ezarpen eremuak sexu-arrazoizko bereizkeria ekiditea ez ezik, sexu aldaketen ondorioz azaleratutako diskriminazioak ekiditea ere barneratzen zuen. EBJAren aburuz, halako bereizkeriek biktimaren sexua dute oinarri, hark jaiotza sexua mantendu izan balu ez baitziren gertatuko⁴².

³⁹ Europar Parlamentuaren, Kontseiluaren eta Batzordearen Europar Batasuneko Oinarriko Eskubideen Gutuna, 2000ko abenduaren 7koa, EBAOren C 364/5 zkia.

⁴⁰ EBJAren C-13/94 epaia, 1996ko apirilaren 30ekoa, P. S. eta Cornwall County-ren kontra, ECLI:EU:C:1996:170.

⁴¹ Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 76/207/EEE Zuzentaruau, 1976ko otsailaren 9koa, Enplegu, formazio, promozio eta lan baldintza gaietan gizon eta emakumeen arteko tratu berdintasunaren printzipioa aplikatzeari buruzkoa, EBAOren L039 zkia.

⁴² P. S. eta Cornwall County-ren kontra, 20 eta 21 atalak.

Zentzu berean, C-117/01 epaian, 2004ko urtarrilaren 7koa⁴³, eta C-423/04 epaian, 2006ko apirilaren 27koa⁴⁴, EBJAk pertsona transek jasan ditzaketen bereizkeria motak aztertu zituen, kasuan kasuko epaitzak emanez, eta arestian azaldutako epaiak hasitako babes-joera jarraituz. Dena dela, ebazpenotatik ondoriozta daiteke, EBJAk Estatu kideei itzelezko irizpen-tartea eskaini zela, legezko genero aintzatespena lortzeko beharrezko baldintzak ezartzeari zegokionez⁴⁵.

Epaiok Europar Batasunean genero identitatea eta haren aintzatespena jorratzen hasteko funtsezkoak izan baziren ere, legegileak ez du jurisprudentzia hau Zuzenbide positiboan jaso⁴⁶. Are gehiago, oraindik genero identitateagatiko bereizkeria ez da esplizituki aurreikusten Europar Batasuneko Zuzenbidean, askotan sexu-orientazioagatiko diskriminazioarekin nahasten delarik⁴⁷. Egia da EBJAren jurisprudentzia honi erreferen-

⁴³ EBJAren C-117/01 epaia, 2004ko urtarrilaren 7koa, K.B. National Health Service Pensions Agency eta Secretary of State for Health-en kontra, ECLI:EU:C:2004:7, 34 atala: “Una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja como K.B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del artículo 141 CE”.

⁴⁴ EBJAren C-423/04 epaia, 2006ko apirilaren 27koa, Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions-en kontra, ECLI:EU:C:2006:256, 38 atala: “De lo anterior resulta que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación [...] a una persona que [...] cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer”.

⁴⁵ OSELLA, S. “The Court of Justice and gender recognition: A possibility for an expansive interpretation?” *Women’s Studies International Forum*. 2021eko ekaina, 87. lib., 4. or.

⁴⁶ BELL, M. “Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law”. *The American Journal of Comparative Law*. 2012ko urtarrila, 60. lib., 130. or.

⁴⁷ DÍAZ LAFUENTE, J. “La Protección de los Derechos Fundamentales frente a la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género en la Unión Europea”. *Revista General de Derecho Constitucional*. 2013, 17. zkia., 5. or.

tzia egiten zaiola 2006/54/EE Zuzentarauko⁴⁸ Hitzaurreko 3. puntuan, baina haren esangura ez da hain azpimarragarria, aipamen hori ez baitute lege-testuko artikuluek jasotzen⁴⁹.

3.2. Europar Batasuneko Zuzenbidearen babespeko pertsona transak egun

Aurreko atalean aztertutako kasuetan arazo ezberdinak jorratu baziren ere, EBJAren aurrera joan zen pertsona trans orok ezaugarri bat partekatzen zuen: denek sexu berresleipen kirurgia jaso zuten, edo jasotzekotan zeuden. Horrek, ostera ere, pertsona transen ikuskera medikua azaleratzen du, Yogyakartako Printzipioetako genero identitatearen definizioaren atal handi bat guztiz bazter utziz: inolako sexu berresleipen prozedura medikurik jasoko ez duten pertsonak, euren sentitutako generoa eta jaiotzan esleitutako sexua bat ez badatoz ere.

Orainsuagoko C-451/16 epaia, 2018ko ekainaren 26koa⁵⁰, desberdina da lehenago Auzitegiak epaitutako kasuen esentziari dagokionez, honetan ez baita genero aintzatespen eza eztabaidatzen, hura lortzeko Erresuma Batuak ezarritako baldintza baten zilegitasuna baizik (ezkontza desgiteko beharra). Hasiera baten, EBJAren epaitzak genero aintzatespena lortzeko prozeduren egokitasun eta eskubideekiko errespetuaren alde egiten duela pentsa daitekeen arren, Auzitegiaren pertsona transen

⁴⁸ Europar Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2006/54/EE Zuzentaruua, 2006ko uztailaren 5koa, Enplegu eta okupazio gaitan gizon eta emakumeen arteko tratu berdintasunaren printzipioa aplikatzeari buruzkoa (Testu Bategina), EBAOren L204 zkia.

⁴⁹ Zentzu berean: Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2012/29/EB Zuzentaruua, 2012ko urriaren 25koa, Delitu biktimen eskubide, berme eta babesari buruzko gutxieneko arauak ezartzeko, Kontseiluaren 2001/220/JAI Erabakia ordeztzeko, EBAOren L315 zkia., Hitzaurreko 9. puntua.

⁵⁰ EBJAren C-451/16 epaia, 2018ko ekainaren 26koa, MB Secretary of State for Work and Pensions-en kontra, ECLI:EU:C:2018:492.

ulerkera oraindik oso murrizta dela antzematen da: “sexua berresleitzeko kirurgia jaso” duten pertsonak⁵¹.

Beraz, zalantza nabarmen bat dago airean: EBJAren jurisprudentziatik eratorritako genero identitaterako eskubidearen babesa sexu berresleipen kirurgia jaso duten pertsona transei soilik zaie ezargarri? Eta horrek zer eragin du adingabe transetan?

Lehen galderaren erantzuna ezezkoa da, OSELLA⁵²-ren ustez. Berak dioenez, EBJAk ez du pertsona transen definizio propiorik eraiki, horrek interpretazio malguagoi atea zabaltzen dielarik. Gainera, Auzitegiaren jurisprudentziaren arabera, sexu berresleipen kirurgia ez da genero aintzatespena jasotzeko betebeharrak, aintzatespen hori eskuratzeko baldintza nahikoa baizik, hortaz, horrek ez ditu bestelako pertsonak Europar Batasuneko genero identitaterako eskubidearen babespetik baztertzen. Azken finean, Auzitegiaren epaitzak sexu berresleipenari buruz mintzo dira, demandatzaileek ezaugarri hori dutelako, ez bestelako pertsona transei babesik aitortzen ez zaielako.

Adingabe transei dagokienez, aztertutako Europar Batasuneko Zuzenbidea aplikagarri zaie, pertsona transak diren heinean. Dena dela, nazioartean gertatu legez, ez dago beren beregi transexualitatearen eta adingabetasunaren ezaugarriak bateratzen dituen lege babeslerik. Beste behin ere, orokortasunean murgilduta dago talde honen babes juridikoa: adin nagusiek jaso ditzaketen bermeen titular badira ere, eurek jasan ditzaketen bereizkeria bakanek ez dute babesik jasotzen.

Horrez gain, EBJAk ere ez du adingabe transen kasurik aztertu, beraz, jurisprudentzia aldetik ere, orokorrean finkatutakoa ezargarri zaie, kontsiderazio berezirik gabe.

⁵¹ MB Secretary of State for Work and Pensions-en kontra, 35 atala.

⁵² OSELLA, S. “The Court of Justice...”. *Op. cit.*, 4. eta 5. orr.

Ondorioz, Europar Batasunean ere adingabe transen ikusezintasuna nagusitzen dela argi dago, euren babesgabetasun berezia ekiditeko Zuzenbideko instrumentu berezirik ez dagoelarik.

IV. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA ESTATU MAILAN

4.1. Genero identitaterako eskubidearen Konstituzio oinarria

EKK⁵³ ez du genero identitaterako eskubiderik aurreikusten, beren beregi. Dena dela, horrek ez dakar Konstituzio oinarririk eza, izan ere, doktrinak eta jurisprudentiak azaleratu moduan, oinarritzko eskubide anitzek genero identitatearen aintzatespena barneratzen dute.

Hasteko, izenak berak adierazi legez, genero identitatea gizakion nortasunaren atala da, hortaz, logikoa dirudi doktrinak haren oinarri legez EKKko 10.1 artikuluko duintasun eta nortasunaren garapen askea proposatzea⁵⁴. Horrez gain, EKKko 14. artikulua ere nabarmentzekoa da doktrinaren ustez, berdintasunari eta bereizkeria ezari buruz mintzo den heinean. Debekatutako arrazoiek genero identitatea jasotzen ez badute ere, arinago ere beste testu batzuetan aztertu bezala, ÁLVAREZ SUÁREZ⁵⁵-ek hura “beste baldintza edo egoera pertsonal edo sozialengatik” esamoldean islatuta dagoela interpretatu behar dela deritzo.

⁵³ Espainiako Konstituzioa, 1978ko abenduaren 29koa, EAO 311. zkia.

⁵⁴ ÁLVAREZ SUÁREZ, L. “Patologización e Invisibilización de la identidad de género en España: ¿qué debemos aprender de la legislación argentina?”. *Opinión Jurídica*. 2020ko uztaila-abendua, 19. lib., 39. zkia., 96.-97. orr.; GÓMEZ LAPLAZA, M. C. “Transexualidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 2004, 1. zkia., 13. or.; MALDONADO, J. “El Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual de los Menores Transexuales en los Ámbitos Registral, Educativo y Sanitario”. *RJUAM*. 2007, 36. zkia., 146. or.

⁵⁵ ÁLVAREZ SUÁREZ, L. “Patologización e Invisibilización...”. *Op. cit.*, 96.-97. orr.

Doktrinaren aldetik, bestelako oinarritzko eskubideak ere proposatu dira, genero identitatearen funts gisa. Horien artean EKko 43.1 artikuluko osasunaren babeserako eskubidea, 15 artikuluko osotasun fisiko eta moralerako eskubidea eta 18.1 artikuluko intimitaterako eskubidea⁵⁶ aipa daitezke⁵⁷.

Hori hala izanda, jurisprudentiak ere zer esanik izan du, genero identitaterako eskubidea EKn oinarritzeari dagokionez. Zehazki, Auzitegi Gorenaren 1988ko uztailaren 15eko epaiak⁵⁸, EKko 10.1 artikuluko nortasunaren garapen askerako eskubideak gizabanakoen aldaketa fisikoak ere barneratzen dituela adierazi zuen, horiek legezkoak izanda, betiere. Horrela, 10.1 artikulua zabala bada ere, transexualitatea funtsatzeko balio zuela ezarri zuen Auzitegi Gorenak. Ondoren, geroagoko epaietan ere oinarri bera konfirmatu zuen Auzitegiak⁵⁹.

Ondorioz, doktrinaren eta jurisprudentiaren ekarpenak bateratuta, genero identitaterako eskubideak Konstituzio oinarri argi bat duela ondoriozta daiteke, EKko 10.1 artikuluko nortasunaren garapen askean. Horrez gain, genero identitate kontzeptuaren zabaltasunak bestelako eskubideak ere azpimarratzera garamatza, pertsona transen kasuan duten esangura bereziagatik, funts moduan ez bada ere. Multzo honetan sartuko lirateke arestian aipatutako EKko 43.1, 15 eta 18.1 artikuluetako eskubideak, esaterako⁶⁰.

⁵⁶ GEEAren jurisprudentiak proposatutakoarekin bat.

⁵⁷ GÓMEZ LAPLAZA, M. C. "Transexualidad". *Op. cit.*, 17. or.

⁵⁸ Auzitegi Gorenaren 1988ko uztailaren 15eko epaia, 10. Z.O. Erref.: CENDOJ, 9445/1988.

⁵⁹ Ikus Auzitegi Gorenaren 1989ko martxoaren 3ko epaia, 3. Z.O. Erref.: Aranzadi, RJ\1989\1993; Auzitegi Gorenaren 1991ko apirilaren 19ko epaia, 3. Z.O. Erref.: Aranzadi, RJ\1991\2725; besteak beste.

⁶⁰ ÁLVAREZ SUÁREZ-ek EKko 32 artikuluko ezkontza eskubidea eta 35 artikuluko lanerako eskubidea ere nabarmentzen ditu.

4.2. Transexualitatearen sinplifikazio juridikoa Estatu mailan

a) *Jatorrizko jurisprudentzia garapena*

Espainiako sisteman jurisprudentziak funtzio legegilerik ez badu ere, iturri hau izan da transexualitatearen esparruan oinarriak finkatu dituen. Zinez, gero eta nabariagoa zen errealitate bat nolabait oinarritu beharra zegoen, eta legeri ezak Auzitegi Gorenaren partaidetza bultzatu zuen, nolabait.

Horrela, Auzitegi Gorenaren 1987ko uztailearen 2ko epaiak itzelezko eragina izan zuen. Egia da epaiak hizkuntza patologikoa erabili zuela, pertsona trans bati buruz mintzatu ahal izateko hark sexu berresleipen kirurgia jaso izana beharrezko zela ezarri baitzuen, demandatzailea emakumea izan beharrean, “emakumearen fikzioa” zela adieraziz⁶¹. Honek transexualitatearen eta genero identitatearen lehen oinarriak fikzio juridiko bati lotu bazizkion ere, segurtasun juridikoarentzat egokiena izan ez zena, epaiak aurrerapauso bat suposatu zuela ere esan beharra dago, pertsona transen sexu zein izen aldaketaren lege aintzatespena baimenduz eta babestuz.

Aurrekari hori ikusita, Auzitegi Gorenaren genero identitaterako eskubi-dea garatzen joan zen hurrengo epaietan. Lehenago azaldu legez, esku-bide horren Konstituzio oinarria, EK 10.1 artikulua, azaleratu zuen Auzitegi Gorenaren 1988ko uztailearen 15eko epaiak lehen aldiz. Horrez gain, transexualitatearen ikuskera medikua atzean utzi ez bazen ere, Auzitegi Gorenak sexu psikikoaren garrantzia azpimarratu zuen bere 1988ko martxoaren 3ko epaian. Izan ere, sexuaren beste ulerkerak batzuk ere kontuan izan behar direla ukatu gabe, osagai psikikoa funtsezkoa da pertsona baten sexua zein den zehazterakoan, norbanakoaren nortasunaren garapena atal psikiko horretan bereziki funtsetzen den heinean⁶².

⁶¹ Auzitegi Gorenaren 1987ko uztailearen 2ko epaia, 3. Z.O. Erref.: Aranzadi, RJ\1987\5045.

⁶² Auzitegi Gorenaren 1989ko martxoaren 3ko epaia, 3. Z.O. Erref.: Aranzadi, RJ\1989\1993.

Jurisprudenziak transexualitatearen gaineko ulerkera patologikoa mantentzen jarraitzen zuela frogatze aldera, aipagarria da Auzitegi Gorenaren 2002ko irailaren 6ko epaia, lehen aldiz bigarren mailako sexu ezaugarriak ezabatzeko kirurgia soilik jaso zuen pertsona trans baten kasua aztertu zuena. Auzitegiaren aburuz, errekurtsogileak sexu berresleipen kirurgiaren lehen urratsa besterik ez zuen jaso, prozesua amaitutzat emateko beste bi urrats gauzatzea beharrezkoa zelarik. Horrela, Auzitegi Gorenaren esanetan, lehenagoko epaietan sexu psikikoaren lehentasuna ezarri bazuen ere, horrek ez zuen esan nahi horretan soilik oinarrituta sexu aldaketan lege aintzatespena lor zitekeenik. Ondorioz, epaian adierazi moduan, behar-beharrezkoa zen sexu berresleipen kirurgia osoa jasotzea, Auzitegiak aintzatespen eza Konstituzioaren aurkakoa zela deklaratu ahal izateko⁶³.

Ikus daitekeenez, Auzitegi Gorena arauketa falta osotzen ahalegindu zen, pertsona transen sexu aldaketaren lege aintzatespenaren esparruan gutxieneko oinarriak finkatuz. Dena dela, finkatutako funtsak mugatuak izan ziren, ikuspegi patologiko batetik emanak, eta gutxika ezarritakoak, Auzitegiaren aurrean kasu ezberdinak agertu ahala. Hortaz, ez da harritzekoa epaileek beraiek hain beharrezkoa zen legeria eskatzea, jurisprudenziak bere funtzioa bete zezan: antolamendu juridikoa osotzea, arauak interpretatu eta aplikatuz; eta ez arauok sortzea⁶⁴.

b) *3/2007 Legea, martxoaren 15ekoa, pertsonen sexu aipamenaren erregistro zuzenketa arautzekoa*

Auzitegi Gorenaren eskaerari erantzunez, 2007. urtean 3/2007 Legea⁶⁵ aldarrikatu zen. Zioen azalpenean bertan azaldu legez, bere helburua

⁶³ Auzitegi Gorenaren 811/2002 epaia, 2002ko irailaren 6koa, 4. eta 7. Z.O. Erref.: Aranzadi, RJ\2002\7180.

⁶⁴ GÓMEZ LAPLAZA, M. C. “Transexualidad”. *Op. cit.*, 55. or.

⁶⁵ 3/2007 Legea, martxoaren 15ekoa, pertsonen sexu aipamenaren erregistro zuzenketa arautzekoa. EAOn 65. zkia., 2007ko martxoaren 16koa, 11251-11253 orr.

jaiotzako sexuarekin bat ez datorren genero identitadedun pertsonen nortasunaren garapena eta duintasuna bermatzea da. Hala, lege honek erregistroko sexu aipamenaren aldaketa-prozesuaren izaera judiziala baztertu, eta bide administratiboa proposatzen du, horren ordez.

Sexu aipamenaren zuzenketa jaso ahal izateko baldintzei dagokienez, lege honek ekarritako berrikuntza nabarmenena sexu berresleipen kirurgiaren derrigortasuna atzean uztea litzateke, jurisprudentziak ezarritako muga gaindituz. Aurrerapauso itzela izan bazen ere, legeak ez dio transexualitatearen ikuskera medikuari uko egiten. Are gehiago, 4. artikuluko betekizunek genero disforiaren diagnostikoei eta tratamendu medikuei egiten diete erreferentzia, bi-biak txosten mediku bidez frogatu behar direlarik.

Legearen izaera patologikoa eta sexu biologikoari esleitzen dion lehenetasuna argi ikus daiteke aipatutako tratamendu medikuen helburua sentitutako sexuari dagozkion ezaugarri fisikoen eskurapena dela aipatzen denean, SALAZAR BENÍTEZ⁶⁶-ek dioen moduan. Horrez gain, transexualitatearen inguruan planteatzen diren arazoentzako konponbide eskasa eskaintzen du legeak, genero identitaterako eskubidearen tratamendu integrala jaso beharrean.

Horrek kritikak jaso izan baditu ere, 3/2007 Legearen alderdi gatazkatsu eta kritikatuena, zalantza gabe, talde jakin batzuk haren ezarpen eremutik kanpo utzi izana litzateke: etorkinak eta adingabeak. Izan ere, azken hauei dagokienez, 1. artikuluan legea adin nagusiei aplikagarri dela zehazten da. Hala, nazioarteko sistemetako eta Europar Batasuneko xedapen berezi faltak adingabe transen eskubideen babesa murrizten bazuen, Estatu mailako legearen ageriko eskusioak talde honen egoera kritikoa neurrigabe areagotzen du.

⁶⁶ SALAZAR BENÍTEZ, O. “La Identidad de Género como Derecho Emergente”. *Revista de estudios políticos*. 2015, 169. zkia., 87-88 orr.

Esan bezala, legeak nortasunaren garapen askea bermatzea du helburu, erregistroko sexu aipamenaren zein izenaren zuzenketa ahalbidetuz. Hori hala bada, adingabeak ezarpen eremutik ezabatzeak euren nortasunaren garapenerako eskubidea urratuko lukeela dirudi, EKko 10.1 artikuluan jasoa, duintasunaren gain ere eragin negatiboa sorraraziz⁶⁷. BURGOS GARCÍA⁶⁸-ren ustez, urraketa hau bereziki gogorra da adingabeen kasuan, haurtzaroan zein nerabezeroan nortasunaren oinarritzko garapena gauzatzen baita.

Konponbide ezberdinak aurkitzeko saiakerak egin dira, adingabe transeñ eskubideak babesteko asmoz. Batetik, doktrinaren zati batek 3/2007 Legeak egindako bazterketa era murriztailean interpretatzea proposatu zuen, adingabe transek euren sexu aipamenaren zuzenketa eskatzeko bide administratiboa erabili ezin bazuten ere, legeak bide judiziala baztertzen ez zuela adieraziz. Epaitegiek, aldiz, bestelakoa deritzote, argudio horretan oinarrituta aurkeztutako eskaerei ezezkoa emanez⁶⁹.

Bestetik, sexu aipamena aldatzeko zailtasunak ikusita, praktikan adingabe transek izen aldaketa eskatzen dute, euren egoitzako Erregistro Zibilean, euren egoera kritikoa nolabait mugatzeko. Honen harira, aipatzekoa da iraganeko Erregistro Zibileko Legearen⁷⁰ 54. artikulua banakoaren

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Transexualidad y menor de edad". *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 2020, 112. zkia., 5. or.

⁶⁸ BURGOS GARCÍA, O. "El Derecho a la Identidad de Género como Derecho Fundamental en Interés del Menor". *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinarias*. 2016ko ekaina-uztaila, 65-66 orr.

⁶⁹ Ikus, besteak beste: Huescako Lehen Instantzia eta Instrukzioko 5. Epaitegiko epaia, 2015eko urtarrilaren 5ekoa; Valentziako Probintzia Auzitegiko (Seigarren Sekzioa) 267 zkiko autoa, 2015eko azaroaren 10ekoa. Azken honek interpretazio alternatibo bat proposatu zuen, adingabe transek lege ordezkaritaz bidez eskaera aurkeztea ahalbidetuz.

⁷⁰ 1957ko ekainaren 8ko Legea, Erregistro Zibilari buruzkoa. EAoren 151. zkia, 1957ko ekainaren 10ekoa.

sexuaren gaineko zalantzak sorraraz zitzaketen izenak hautatzea debekatzen zuela, adingabe transen kasuak oztopatuz. Orduko arauketarekin ere, epaile gehienek adingabe transen izen aldaketak onartu ohi zituzten. Egun, onarpen horiek argiagoak dira, egungo legeak⁷¹ aipatutako baldintza ezabatu baitu.

Hori hala izanda, adingabe transek euren sexu aipamenaren zuzenketara eskatzeko duten ahalmenaren gaineko eztabaida Auzitegi Gorenera heldu zen. Auzitegiak, 3/2007 Legeko 1. artikuluko bazterketaren konstituziotasuna zalantzan jarritz⁷², 2016ko martxoaren 10eko Autoa eman zuen, konstituzio-kontrakotasun arazo bat planteatuz. Autoan jaso moduan, Auzitegi Gorenak haur eta nerabe transen egoera aintzatesten du, eurengan transexualitate eta adingabetasunetik eratorritako ezaugarriak batzen direla aitortuz, eta eurek ere oinarritzko eskubideen titular direla baieztatuz⁷³.

Hortaz, 3/2007 Legeak ekarritako adingabeen eskubideen mugaketa arrazoituta ote dagoen galdetzen du Auzitegiak (adingabeen heldutasun falta edo adingabeak bereziki babesteko beharra oinarri), horixe proportziozkoa den ere zalantzan jarritz.

4.3. Adingabe transen genero identitatearen aintzatespenerantz

Konstituzio Auzitegiaren 99/2019 epaiak, 2019ko uztailaren 18koa, ekarri zuen autoaren erantzuna.

⁷¹ 20/2011 Legea, uztailaren 21ekoa, Erregistro Zibila arautzekoa. EA Oren 175. zkia., 2011ko uztailaren 22koa.

⁷² Errekurtsogileak eskatuta, 4. artikuluko betekizunak ere konstituzio aurkakoak ote diren planteatzen da, baina geroago Konstituzio Auzitegiak eskaera honi erantzuteari uko egiten dio.

⁷³ Auzitegi Gorenaren 2016ko martxoaren 10eko autoa, 5. eta 7. Z.O. Erref.: Aranzadi, RJ\2016\1392.

3/2007 Legeko 1. artikulua adingabeen eskubideei ezarritako muga konstituzio- aurkakoa den edo ez erabakitzeke, lehenik mugapen horrek proportzionaltasun testa betetzen duen aztertu zuen Auzitegiak. Ildo horretatik, Konstituzio Auzitegiak EKko 10.1 eta 18.1 artikuluek jasotako eskubideak mugatzen direla aitortu zuen, mugaketa horren intentsitatea azpimarragarria delarik nortasunaren garapenaren kasuan, banakoaren esentzia zein duintasuna barnebiltzen baititu⁷⁴.

Hala, mugaketa horren oinarria EKko 39. artikulua jasotzen duen haurrak babesteko beharra dela argudiatzen du Konstituzio Auzitegiak, izan ere, adingabeak legeko ezarpen eremutik kanpo uzteak onura dakar finkatu gabeko transexualitate kasuetan dauden adingabeentzat. Auzitegiaren aburuz, zenbait kasutan adingabeak sexu aipamena eskatu ostean damu daitezke, euren transexualitate egoera ez baitzen benetan finkoa⁷⁵. Ironikoki, babes horren titular diren adingabe transek mugapen bat jasaten dute.

Dena dela, Auzitegiak 39. artikuluko betebeharrak ekarritako onura baztergarria dela baieztatzen du, adingabea nagusitzen joan ahala, bere transexualitate egoera zurrera bada, betiere. Ondorioz, 3/2007 Legeko 1. artikulua konstituzio-aurkakotasuna deklaritzen du Konstituzio Auzitegiak, transexualitate egoera finkoan dauden eta heldutasun nahikoa duten adingabeen eskubideak urratzen dituen heinean⁷⁶.

Hala ere, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁷⁷-k dioenez, Auzitegiak egin dako zehaztapena hutsala da, nahasgarria izateaz gain. Transexualitate egoera finkoari dagokionez, legeak berak betekizun moduan eskatzen du

⁷⁴ Konstituzio Auzitegiaren 99/2019 epaia, 2019ko uztailaren 18koa, 4. Z.O. Erref.: Aranzadi, RTC\2019\99.

⁷⁵ 7. eta 8. Z.O.

⁷⁶ 9. Z.O.

⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Transexualidad y...”. *Op. cit.*, 18.-21. orr.

ezaugarri hau, orokorrean, txosten mediku bidez egiaztatu behar delarik. Hortaz, ez dirudi beharrezko adingabeen kasuan ere hori derrigorra litza-tekeela errepikatzea. Heldutasun nahikoa izateari lotuta, kontzeptu horren anbiguotasuna deigarria da, printzipioz kasuan kasu aztertu beharrek gaia delarik, Auzitegiak ez baitu adin jakinik aipatzen. Are gehiago, aurreko ezaugarriarekin gertatu legez, bere aipamena errepikakorra da, Kode Zibileko 162.2 artikulua hori jasotzen baitu, nortasunarekin lotura duten eskubideen gaineko egintzak egikaritzeko adingabeen gaitasuna zehaztean.

Era zehaztugabeen bada ere, badirudi Konstituzio Auzitegiaren epaiak adingabe batzuei behintzat euren sexu aipamenaren aldaketa eskatzeko gaitasuna opatzen diela. Hala ikus daiteke, hain zuzen, konstituzio-kontrakotasun arazoaren jatorri izan zen prozesuko Auzitegi Gorenaren 685/2019 epaian, abenduaren 17koa. Izan ere, Konstituzio Auzitegiak ezarritako irizpideak jarraituz, Auzitegi Gorenak demandatzailearen sexu aipamenaren aldaketa-eskaera onartu ahal izateko, bere heldutasun eta transexualitate egoeraren finkotasuna aztertzea beharrezkoa dela adierazi zuen⁷⁸. Hortaz, halako egitatezko zein zuzenbideko gaiak apelazioan aztertu behar direnez, Auzitegi Gorenak kasua berriz ere Probintzia Auzitegira igortzea epaitu zuen.

4.4. Pertsona transen berdintasun erreala eta eragingarrirako eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzeko Lege Aurreproiektua

Berriki aztertutako Konstituzio Auzitegiaren epaiak egun indarrean dagoen 3/2007 Legeko ezarpen eremua zabaltzeko bidea erraztu badu ere, esan bezala, transexualitatea legeak aurreikusitakoa baino haratago doa, eta ondorioz, adingabeen genero identitaterako eskubidearen tratamendu integrala jasotzen duen arauketaren premia agerikoa da.

⁷⁸ Auzitegi Gorenaren 685/2019 epaia, abenduaren 17koa, 9. Z.O. Erref.: CENDOJ, 4217/2019.

Ildo honetatik, aipagarria da Pertsona transen berdintasun erreal eta eragingarrirako eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzeko Lege Aurreproiektua⁷⁹, Estatu mailan onartze bidean dagoena. Zioen azalpenaren arabera, Estatuan izandako aurrekariak oinarri hartuz, LGTBI pertsonen berdintasuna bermatzea du helburu, integraltasunean funtsatutako arauketa proposatuz.

Edukiari dagokionez, lege-testuak lau titulu nagusi ditu: botere publikoen jarduketari buruzkoa, pertsona transen egoera bereziari buruzkoa, bereizkeriaren aurkako neurriei buruzkoa eta arau-hauste zein zehapenei buruzkoa. LGTBI siglen hirugarren hizkiak pertsona transak barneratzen baditu ere, jarraian II. Titulua jorratuko da, bereziki, arauketa zehatzena jasotzen duena baita.

Hasteko, I. Kapituluaren erregistroko sexu-aipamena zuzentzeko jarraitu beharreko prozesua aurreikusten da, 3/2007 Legea indargabetu eta ordeztzea baita aurreproiektuaren helburuetako bat. Egungo arauketaekin alderatuta, aurreproiektuaren kutsua guztiz despatologizatzailea da, genero identitatearen determinazio askea bermatzen duelarik. Hala, genero disforiaren diagnostikoa izateko zein tratamendu medikuak jasotzeko beharra ezabatzen da⁸⁰.

Horrez gain, prozesu hori eskatzeko legitimatuen artean, adingabeak ere barneratzen dira, 37. artikuluan. Zehazki, 16 urtetik gorako pertsonen euren kabuz; eta 14 eta 16 urte bitartekoek euren lege-ordezkarien laguntzaz jardun dezaketela aurreikusten da. Zeharka, Zazpigarren

⁷⁹ Pertsona transen berdintasun erreal eta eragingarrirako eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzeko Lege Aurreproiektua. www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf (Azken kontsulta 2022ko maiatzaren 9an).

⁸⁰ EKONOMIA ETA GIZARTE KONTSEILUA. *Dictamen 1/2022: Sobre el Anteproyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. 2022ko urtarrilaren 26a, 11 eta 20 orr.

*Adingabe transen babesaren antolamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

Azken Xedapenean, 12 eta 14 urte bitartekoen kasuan onespén judiziala ezinbestekoa dela jasotzen da. Dena dela, 2022ko apirilaren 20an, Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiak, irizpen bidez, prozesua euren kabuz has dezaketenen adina 18 urtera igotzea adostu du, adingabe ororen kasuan judiziozko onespén eskatuz⁸¹.

Jarraitzeko, II. Kapituluak pertsona transen berdintasuna bultzatzeko gizarte politikak jasotzen ditu, zenbait ildo ezberdinez: botere publikoak, lan arloa, osasun arloa eta hezkuntza arloa. 3/2007 Legearekin konparatuta, nabarmena da esparru gehiago kontuan hartzen dituela, baina hauen arauketa azalekoa da, orokorrean, atal gehienak bizpahiru artikuluz osotuta daudelarik, askotan printzipio zehazgabeak aipatuz⁸².

Gainerako xedapenei dagokienez, III. Tituluko III. Kapituluak azpimarragarria da, adingabe transak bereziki kaltebera den talde legez kalifikatzen baititu. Zentzu horretan, 66. artikulua euren babeserako neurri bereziak zerrendatzen ditu, adingabe transen ikusgarritasuna bermatuz.

Agi denez, aurreproiektuaren helburua egokia bada ere, horrek ez du kritikatu izatea eragotzi. Alde batetik, arestian aipatu bezala, arauketa azalekoa da sarritan, agian, ESTEVE ALGUACIL eta NONELL RODRÍGUEZ⁸³-ek azaldu moduan, aurreproiektuak pertsona eta arlo mota gehiegi barneratu nahi dituelako. Bestalde, haren izaera integralak egungo lege askoren gaineko eragina dakar, beraz, eurekiko bateragarritasuna funtsezkoa da. Tamalez, ez dirudi egungo idazkerak koherentzia hori guztiz errespetatzen duenik⁸⁴.

⁸¹ BOTERE JUDIZIALAREN KONTSEILU NAGUSIA. *Informe al anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. 2022ko apirilaren 20a, 68. or.

⁸² EKONOMIA ETA GIZARTE KONTSEILUA. *Dictamen 1/2022... Op. cit.*, 21 or.

⁸³ ESTEVE ALGUACIL, L. eta NONELL RODRÍGUEZ, A. "Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2021, 3. zkia., 289. or.

⁸⁴ Ikus EKONOMIA ETA GIZARTE KONTSEILUA. *Dictamen 1/2022... Op. cit.*, 23. or.

V. ADINGABE TRANSEN BABES JURIDIKOA AUTONOMIA ERKIDEGOETAN

5.1. Lege autonomikoen joera ezberdinak

Estatuko legeriaren hutsuneak betetzeko asmoz, legegile autonomiko ezberdinek genero identitatearen zein transexualitatearen gorabeherak beren beregi arautzen dituzten legeak aldarrikatu dituzte, urteotan zehar. Egun, 14 Autonomia Erkidegok “LGTBI lege” edo “lege trans” deritzon bat dute, gutxienez, bakoitzak bere ñabardurak izanik, baina Erkidego askoren joeren artean parekotasunak aurki daitezkeelarik.

Babestutako subjektuei dagokienez, hiru joera aurki daitezke Autonomia Erkidegoetako legeen artean. Lehenik, Erkidego batzuek LGTBI pertsonak orokorrean babesten dituzten legeak dituzte, talde horren barnean pertsona transak ere daudelarik. Horixe jazotzen da Galizia⁸⁵, Katalunia⁸⁶, Extremadura⁸⁷, Murtzia⁸⁸, Balear Uharte⁸⁹, Nafarroa⁹⁰ eta Kantabriarekin⁹¹.

⁸⁵ 2/2014 Legea, apirilaren 14koa, lesbiana, gay, transexual, bisexual eta intersexualen tratu berdintasunari buruzkoa Galizian. EAOREn 127. zkia., 2014ko maiatzaren 26koa.

⁸⁶ 11/2014 Legea, urriaren 10ekoa, lesbiana, gay, bisexual, transgenero eta intersexualen eskubideak bermatzekoa eta homofobia, bifobia eta transfobia ezabatzekoa. EAOREn 281. zkia., 2014ko azaroaren 20koa.

⁸⁷ 12/2015 Legea, apirilaren 8koa, lesbiana, gai, bisexual, transexual, transgenero eta intersexualen gizarte berdintasunari buruzkoa, eta sexu-orientazio zein genero identitateagatiko bereizkeriaren aurkako gizarte politikei buruzkoa Extremadurako Autonomia Erkidegoan. EAOREn 108 zkia., 2015eko maiatzaren 6koa.

⁸⁸ 8/2016 Legea, maiatzaren 27koa, lesbiana, gai, bisexual, transexual, transgenero eta intersexualen gizarte berdintasunari buruzkoa, eta sexu-orientazio zein genero identitateagatiko bereizkeriaren aurkako gizarte politikei buruzkoa Murtziako Autonomia Erkidegoan. EAOREn 153. zkia., 2016ko ekainaren 25ekoa.

⁸⁹ 8/2016 Legea, maiatzaren 30ekoa, lesbiana, gay, trans, bisexual eta intersexualen eskubideak bermatzekoa eta LGTBI fobia ezabatzekoa. EAOREn 157. zkia., 2016ko ekainaren 30ekoa.

⁹⁰ 8/2017 Foru Legea, ekainaren 18koa, LGTBI+ pertsonen berdintasun sozialari buruzkoa. EAOREn 173. zkia., 2017ko uztailaren 21ekoa.

⁹¹ 8/2020 Legea, azaroaren 11koa, Lesbiana, Gai, Trans, Transgenero, Bisexual eta Intersexualen eskubideak bermatzekoa eta sexu-orientazio zein genero identitateagatiko bereizkeria ezari buruzkoa. EAOREn 322. zkia., 2020ko abenduaren 10ekoa.

*Adingabe transen babesa espainiar antolamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

Bigarren talde batekoek pertsona transak bereziki babesten dituzten legeak dituzte, orokor gabe. Hau da, hain zuzen, Euskadi⁹², Kanariar Uharte⁹³ eta Errioxaren⁹⁴ kasua.

Azken batzuetan, hots, Andaluzian⁹⁵, Madrilen⁹⁶, Valentzian⁹⁷ eta Aragoian⁹⁸, “LGTBI legea” eta “lege transa” ageri dira, bi-biak. Hauei dago-kenez, aurrerantzean pertsona transak bereziki babesteko legeei egingo zaie erreferentzia, zehatzagoak dira eta.

Hala, zentzuzkoa da lege orokorren helburua bereizkeria saihestea eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzea izatea, zabalagoa, babestu nahi diren pertsonen ezaugarriak heterogeneoak direnez gero. Kontrara,

⁹² 9/2019 Legea, ekainaren 27koa, 14/2012 Legea, ekainaren 28koa, transexualak genero-identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzkoa aldatzekoa. EAOREn 172. zkia., 2019ko uztailaren 19koa.

⁹³ 2/2021 Legea, ekainaren 7koa, gizarte berdintasunari eta genero identitateagatiko, genero adierazpenagatiko edo sexu ezaugarriengatiko bereizkeria ezari buruzkoa. EAOREn 163. zkia., 2021eko uztailaren 9koa.

⁹⁴ 2/2022 Legea, otsailaren 23koa, pertsona transen eta euren senideen berdintasunari, genero identitate eta adierazpenaren aintzatespenari eta eskubideei buruzkoa Errioxako Autonomia Erkidegoan. EAOREn 57. zkia., 2022ko martxoaren 8koa.

⁹⁵ 2/2014 Legea, uztailaren 8koa, integrala genero identitateagatiko bereizkeria ezerako eta Andaluziako pertsona transen eskubideak aintzatesteko. EAOREn 193. zkia., 2014ko abuztuaren 9koa.

⁹⁶ 2/2016 Legea, martxoaren 29koa, Genero Identitate eta Adierazpenari, Gizarte Berdintasunari eta Bereizkeria Ezari buruzkoa Madrilgo Autonomia Erkidegoan. EAOREn 169. zkia., 2016ko uztailaren 14koa.

⁹⁷ 8/2017 Legea, apirilaren 7koa, integrala genero identitate eta adierazpenaren aintzatespenerako Valentziako Autonomia Erkidegoan. EAOREn 112. zkia., 2017ko maiatzaren 11koa.

⁹⁸ 4/2018 Legea, apirilaren 19koa, Genero Identitate eta Adierazpenari, Gizarte Berdintasunari eta Bereizkeria Ezari buruzkoa Aragoiko Autonomia Erkidegoan. EAOREn 131. zkia., 2018ko maiatzaren 30ekoa.

lege trans bereziek genero autodeterminaziorako eskubidea bermatzea aipatzen dute zio moduan, batzuek beren beregi (Andaluzia, 1. artikulua; Errioxa, 1. artikulua; Euskadi, 1. eta 3. artikulua; Kanariar Uharteak, 1.1 artikulua; eta Valentzia, 1.1 artikulua) eta besteek zeharka (Aragoi, 3.1 artikulua; eta Madril, 3. artikulua).

Esan beharra dago, lege orokorren helburua zabala izateak ez duela esan nahi horietan genero autodeterminazio kontzeptua aipatzen ez denik. Genero autodeterminazioak norbanakoak bere genero identitatearen zein den ezartzeko eskubideari egiten dio erreferentzia. Horrela, Kataluniako 11/2014 Legea eta Galiziako 2/2014 Legea kenduta, gainerako lege autonomikoen ideia hau babesten dute.

Ildo horretatik, genero autodeterminazioaren definizioa oinarri, eskubide hau bermatzen duten lege guztiek, orokor zein zehatzek, hizkuntza eta ulkeren patologikoa atzean uztearen alde egin dute, legearen babespean egoteko txosten medikuen beharrik ez dagoela argituz. Argi ikus daiteke, batik bat, Andaluziako 2/2014 Legeko 9. artikuluan, esparru administratiboan pertsona transei inolako dokumentazio medikurik eskatu ezin zaiela zehaztuz. Kataluniako 11/2014 Legeak ere txosten medikuen beharra beren beregi baztertzen du, Galiziako 2/2014 Legea gainerakoaren joeratik kanpo geratzen den bakarra delarik.

Adingabeen babesari dagokionez, legeek bi joera nagusi azaleratzen dituzte. Lehen taldean, beste behin ere, Galiziako 2/2014 Legea gainerakoetatik desberdintzen da. Izan ere, bere 2. artikuluan araututako ezarpen eremuak Galiziako lurraldean dauden pertsona guztiak barnebiltzen baditu ere, legeak ez dakar adingabeen inolako aipamen berezirik, euren egoera bakanari ez-ikusirik eginez.

Bigarren joeraren barneko legeek, noski, adingabeen aipamena jasotzen dute. Autonomia Erkidego batzuen kasuan, ezarpen eremuak berak beren beregi luzatzen die aplikazioa adingabeen (Aragoi, 2.3 artikulua;

Errioxa, 5.3 artikulua; Extremadura, 2.3 artikulua; Kanariar Uharteak, 3.3 artikulua; Madril, 1.3 artikulua; Murtzia, 2.3 artikulua; eta Nafarroa, 3.3 artikulua), ondoren adingabe transen egoera berezia bestelako artikuluetan ere aurreikusi eta arautuz. Azken batzuek, ezarpen eremuak lurraldean dauden pertsona guztiei erreferentzia orokor bat egiten badie ere, legean zehar adingabe transei bereziki ezargarri zaizkien xedapenak jasotzen dituzte, osasun edota hezkuntza arloari begira, besteak beste (Andaluzia, Balear Uharteak, Euskadi, Kantabria, Katalunia eta Valentzia).

Azkenik, Autonomia Erkidegoetako legeak, orokorrean, integraltasunaren erakusgarri dira, transexualitatearen eta genero identitatearen konplexutasuna aintzatesten dutelarik, bizitzaren esparru anitz arautuz. Zinez, gehienek arlo ugari aurreikusten dituzte: administratiboa, osasunekoa, hezkuntzakoa, gizartekoa, lanekoa, familiakoa, gaztaro eta zahartzarokoa, aisialdi, kirol eta kulturakoa... Hala ere, integraltasun hori murriztagoa da Andaluziako 2/2014 Legean (administratiboa, I. Kapituluak; osasunekoa, II. Kapituluak; lanekoa, III. Kapituluak; hezkuntzakoa IV. Kapituluak eta gizarte arretakoa, V. Kapituluak) eta Euskadiko 9/2019 Legean (administratiboa, 7 artikuluan; osasunekoa, III. Kapituluak; lanekoa IV. Kapituluak; eta hezkuntzakoa, V. Kapituluak).

5.2. Euskadiko kasua: oinarrietatik etorkizunerantz

Transexualitatearen arauketa integrala aldarrikatzeari dagokionez, Euskal Autonomia Erkidegoa aitzindari izan zen, Nafarroaren ostean, 14/2012 Legearen⁹⁹ eskutik. Legeko zioen azalpenean azaleratu gisa, euskal legegileak Estatu mailan onetsitako 3/2007 Legea beharrezkotzat jo zuen, haratago joateko premia ere aitortuz. Horrela, xedapenen izaera integrala suma daiteke legearen helburuan, 1. artikuluan, hori pertsona

⁹⁹ 14/2012 Legea, ekainaren 28koa, transexualak genero-identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzkoa. EA Oren 172. zkia., 2012ko uztailaren 19koa.

transek arreta integral eta egokitua jasotzea, eta eurei babesa eskaintzea delarik.

Hala bada, duela hamarkada bateko lege hau genero identitaterako eskubidearen oinarriak finkatzen hasi zen. Hasteko, genero identitate arrazoizko bereizkeriaren existentzia berariaz agerian uzten zuen legeak, bai zioen azalpenean, baita 5. artikuluan ere, “transfobia” hitzaz baliatuz.

Bestalde, zioen azalpenean, legeak pertsona transen ikuskera patologizatzailea atzean utzi nahi zuela ikus zitekeen, izan ere, testua jarraituz, pertsona transek “ez dute laguntza eskatzen patologia edo nahasteren bat dutelako”. Zentzu honetan, zioen azalpenak sexu berresleipen kirurgiaren garrantzi erlatiboa aipatzen zuen, kasu askotan beste alderdi batzuek lehentasuna dutela azalduz.

Nolanahi ere, 3. artikuluko pertsona transen definizioak patologizazioaren aurkako joera hori guztiz zapuztu zuen. Bertan, banakoa pertsona trans kontsideratzeko, hiru aukera aurkezten ziren: a) 3/2007 Legearen arabera erregistroko sexu aipamena zuzendu izana; b) Oraindik aipamen horren zuzenketa izan gabe, zuzentzen aritzea; edo c) Aurreko kasuetatik kanpo, txosten mediku edo psikologiko bidez nortasun-nahasmendu eza, eta genero identitatea eta sexu biologikoa bat ez datozela frogatzea. Argi ikus daitekeenez, 3/2007 Legeko betekizunak gogoratu, eta lege horri baldintzatuta ez dagoen aukerari erreparatu, edozein kasutan transexualitatearen egiaztapena, eta beraz, 14/2012 Legeko eskubideen titulartasuna, txosten mediku edo psikologikoei lotuta zegoen, oraindik ulerkera patologikoaren arrastoak ikusgarri zirelarik.

Horregatik, patologizazio eza lortu nahian, 2019. urtean, 9/2019 Legea aldarrikatu zen Euskadin. Lege-testu berri honek, egun indarrean dagoena, 14/2012 Legeko 3. artikulua eraldatu du, transexualitatea genero autodeterminazioari lotuz, ezarpen eremuan sartzeak txosten medikuen beharrik suposa ez dezan.

Gauzak horrela, adingabe transen inklusioak ez du inolako kontraesanik jasaten, izan ere, orain pertsona transei ez zaie inolaz ere 3/2007 Legeko betekizunik eskatzen, Euskadiko legeak aitortutako babesaren titular izateko. Horrela, 2. artikuluan aurreikusitako ezarpen eremuak Euskadin bizi diren pertsona trans guztiak biltzen ditu, bertan adingabeak sartzeko eragozpenik ez dagoelarik.

Legeak arlo desberdinak arautzen ditu, denak adingabe transei ezargarri zaizkielarik¹⁰⁰: gizarte politika, II. Kapituluak; osasuna, III. Kapituluak; lana, IV. Kapituluak; eta hezkuntza, V. Kapituluak.

Gizarte politikarekin hasiz, 4. artikulua euskal administrazioek duten betebeharrak ezartzen du, norbanakoaren genero identitatea errespetatzeari begira. Jarraiki, 5. artikulua transfobiaren aurkako neurri zehatzei buruz mintzo da. Esan beharra dago, atal honetan Kapitulu propiorik ez duten arloei erreferentzia orokor bat egiten zaiela, hala nola, komunikazioa (5.e) artikulua) eta kirola (5.h) artikulua). Ondoren, 6. artikulua pertsona transentzako zein euren senide edo hurbilekoentzako laguntza zerbitzuak aurreikusten ditu. Adingabe transei dagokienez, bereziki garrantzitsua da 7. artikulua, pertsona transek agiri administratiboetan sexu eta izen aipamen egokia izatea bermatzen baitu, oraindik sexu berresleipen prozesua bukatu ez badute ere. Honek adingabe trans euskaldunen eskubideak bereziki bermatzen ditu, Estatu mailako legeak ekarritako segurtasun juridiko falta gaindituz, izan ere, adingabeek ere agiri egokiak izango dituztela ziurtatzen du, aipamen desegokiak dakartzaten egoera latz eta bereizkeria kasuak leunduz.

Osasunarekin jarraituz, 8. artikulua Osakidetzaren doako zerbitzuen barnean diagnostikoak, hormona tratamenduak, esku hartze kirurgiko-plastikoak eta sentitutako sexuaren aurkako gorputz garapenak geldia-

¹⁰⁰ Lan arloa 16 urtetik gorako adingabeei soilik aplikatu dakieke, Langileen Estatutuko 6.1 artikuluko mugarekin bat.

razteko bestelako tratamenduak sartuko direla ziurtatzen du. Horrez gain, xedapenaren bidez transexualitate arloan erreferentziazko unitate baten ezarpena bermatzen da, 9. artikuluan gida kliniko baten ezarpenerako jarraibideak jasotzen direlarik. Gainera, 10. artikulua pertsona transak gainerako hiritarrek dituzten osasun arloko eskubideen titular direla zehazteaz gain, euri bereziki aplikagarri zaizkien eskubideak aipatzen ditu, euren genero identitatearen araberako tratua jasotzekoa, esaterako. Adingabe transei hurreratuta, 11. artikulua funtsezkoa da, diagnostiko zein tratamendu medikua jasotzeko eskubidea dutela azpimarratuz, azken hauen artean hormonalak nabarmenduz. Kapituluko azken artikuluek, bestalde, estatistika eta osasun arloko profesionali buruzko xedapenak jasotzen dituzte.

Lan arloko arauketa artikulua bitan laburbiltzen da. 14. artikulua bereizkeria ezari buruzko printzipioa bermatzen du, eta 15. artikulua, bere aldetik, pertsona transen kontratazioa bultzatzeko politiken ezarpenari buruz mintzo da. Ikus daitekeenez, arlo honi dagokion arauketa eskas eta orokorregia da, gainerako kapituluetaoekin alderatuz. Hori hala izanda, aipatzekoa da esparru hau adingabe transen zati bati soilik ezargarri zaiola, 16 urtetik beherakoen lana debekatuta baitago Espainian.

Bukatzeko, hezkuntza arloan, 16. eta 17. artikuluen bidez transexualitate eta genero identitatea hezkuntza, sentsibilizazio eta trebakuntza programen barruan garatzeko betebeharrak ezartzen du legeak. Azkenik, 18. artikulua garrantzi berezia du adingabe transen eskubideei dagokienez, izan ere, eskolako langile eta irakasleez gain, euri ere genero identitateगतiko bereizkeria, gizarte bazterkeria eta indarkeriarekiko babesa eskaintzen zaie, hezkuntza esparruan.

Ondorioz, jatorrizko legearen hizkuntza eta baldintza patologizatzaileak baztertuz, egungo 9/2019 Legeak zenbait arlotan benetako arauketa integrala opatzen die pertsona transei, genero autodeterminazioan funtsatuta, eta adingabe transen ezaugarri bereziak kontuan izanez.

Halaber, egia da ez dituela gizarte bizitzako arlo guztiak aurreikus-ten, eta esparru batzuetan, lanekoan esaterako, arauketa murriztegia dela. Arrazoi hauengatik, hain zuzen, lege proposamen berri bat aurkeztu da Euskadin, 14/2012 Legea beste behin eraldatzeko xedez¹⁰¹, 2022ko mar-txoaren 8an Eusko Jaurlaritzaren onespena jaso duelarik¹⁰².

Oraingoan, eraldaketa goitik beherakoa izatea da ideia, xedapenak gututz aldatuz. Dakartzan berrikuntzen artean, hurrengoak aipatzea be-harrezko da. Lehenik, esparru berriak arautzen dituela nabarmentzekoa da, lehendik zeudenei familia arloa, IV. Kapituluan; kultura, aisialdi eta kirol arloa, VII. Kapituluan; eta segurtasun, justizia eta larrialdi arloa, VIII. Kapituluan, gehituz.

Bigarrenez, jadanik araututako arloen arauketa zabaltzen da, xedapen gehiago aurreikusiz eta jatorrizkoak moldatuz, legeak eskainitako babe-saren integritasuna indartzeko.

Azkenik, adingabe transen arazo eta ezaugarri bakanek arreta berezia jasotzen dute lege proposamen honetan. Batetik, administrazioei begi-
ra, adingabeen entzunak izateko eskubidea ezartzen da, 4.2 artikuluan, egungo idazkeraren gehikuntza moduan. Bestetik, transfobiaren aurkako neurriak jasotzen dituen 5. artikulua ere aipatzen ditu, pertsona transen barruan kolektibo ahul moduan sailkatuz. Osasun arloan adingabe tran-

¹⁰¹ Lege-proposamena, transexualak genero identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzko ekainaren 28ko 14/2012 Legea bigarren aldiz aldatzekoa. <https://euskolegebiltzarra.eaj-pnv.eus/eu/agiriak/20372/lege-proposamena-transexualak-genero-identitateaga> (Azken kontsulta 2022ko maiatzaren 10ean).

¹⁰² EUSKO JAURLARITZA. “Transexualak genero identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzko lege proposamenari argi berdea eman dio Jaurlaritzak”. <https://www.euskadi.eus/eusko-jaurlaritza/-/albiste/2022/transexualak-genero-identitateagatik-ez-baztertzeari-eta-haien-eskubideak-aitortzeari-buruzko-lege-proposamenari-argi-berdea-eman-dio-jaurlaritzak-gobernu-bilera-2022-3-8/> (Azken kontsulta 2022ko maiatzaren 9an).

sek jadanik zeukaten erreferentzia osotzen da, xedapen gehiago sartuz, 9., 10.bis, 11. eta 13.bis artikuluetan. Familia arlo berriak ere adingabeiei ezargarri zaizkien artikulua jasotzen ditu, 13. quater eta 13. quinques, zehazki. Hezkuntza esparruan 18. artikulua aipa daiteke, adingabeen kasu berezia jorratzen baitu.

Hortaz, egungo 9/2019 Legeak integritasunera bidean aurrerapauso ikaragarria suposatu bazuen ere, garbi dago oraintsu aztertutako lege proposamenak jarduketa esparrua nabarmen zabaltzen duela, funtsezkoak diren bizitza esparruak gehituz eta adingabe transei babes pertsonalizuatuago bat luzatuz.

VI. DE LEGE FERENDA KO PROPOSAMENAK

Egungo arauketa aztertu ostean, hura indartzeko bidean eman beharreko urratsei erreparatzea egoki litzateke. Horrela, proposamen nagusia Estatu mailako arauketa sendotzea litzateke.

Lege autonomikoek legegintza lan paregabea egin badute ere, emaitza ez da berdina izan Autonomia Erkidego guztietan: batzuek ez dute legerik, eta badutenen artean ere ezberdintasunak daude lurraldez lurralde, arestian ikusi legez. Horrek, noski, segurtasun juridiko faltan murgiltzen ditu espainiar Estatuko pertsona transak¹⁰³, orokorrean, eta adingabeak, bereziki, Estatu mailako legearen bazterketa eta konponbide jurisprudentzialaren anbiguotasuna ikusita.

3/2007 Legeak aurkeztutako pertsona transen egoeraren ulerkerak mugatua kontuan izanda, gainerako kritikez gain, egokiena benetan integratzen den lege bat aldarrikatzea litzateke, hark egungo legeak dituen gabeziak gaindi ditzan.

¹⁰³ BURGOS GARCÍA, O. "El Derecho a...". *Op. cit.*, 74.-75. orr.

Hartara, Autonomia Erkidego gehienetan jazo moduan, legeak genero autodeterminazioa eta patologizazio eza izan beharko lituzke oinarri, 3/2007 Legeko 4. artikuluko txosten medikuen beharra ezabatuz, genero identitaterako eskubidea era egokian bermatzeko. Gainera, gizarte bizi-zako esparru ezberdinak arautu beharko lituzke, euren artean administratiboa, osasunekoa, lanekoa, hezkuntzakoa, familiakoa zein kultura, aisialdi eta kirolekoa bereziki garatuz. Are gehiago, ezarpen eremuan adingabeak beren beregi biltzeaz gain, euren egoera berezitik eratorritako bereizkeriak saihesteko xedapen zehatzak jaso beharko lituzke, araututako esparru desberdinei begira.

Zentzu horretan, arestian aztertutako Pertsona transen berdintasun erreal eta eragingarrirako eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzeko Lege Aurreproiektua aurrerapauso legez ikus daiteke, baina haren xedapenen sakontasuna indartzea funtsezkoa da, kontraesanak ere ezabatuz.

Estatu mailan azaldutako ezaugarriak dituen legea onestea errazteko asmoz, giza eskubideei buruzko Nazioarteko Hitzarmenek genero identitatea bereizkeria arrazoi legez jasotzea komenigarria litzateke, hasteko.

Horrez gain, esparru honetan hain funtsezko izan diren Yogyakartako Printzipioak *soft law* delakotik atera eta benetako Nazioarteko Hitzarmen bilakatzea onuragarria izango litzateke. Izan ere, Estatuentzat lotesle balira, hauen legeriak printzipiook errespetatu beharko lituzke. Hala, 3. printzipioak genero autodeterminazioa bermatzen duenez, ikuskera patologikoa baztertuz, testua Nazioarteko Hitzarmen balitz, hari atxikitako Estatuak halako legeria onestera bultzatuko lituzke.

VII. ONDORIOAK

LEHENA. Genero identitaterako eskubideak ez du euskarri den Hitzar-menik nazioartean, hots, ez dago pertsona transen eskubide bereziak bermatzen dituen lege-tresnarik. Are gehiago, giza eskubideei buruzko Nazioarteko Hitzarmentetan bereizkeria eza bermatzen duten xedapenek ez dakarte genero identitateagatiko arazoiaeren berariazko erreferentziarik. Nazioarte eta Europako Kontseiluko konponbidea, beraz, *soft law* delakoan eta GEEAren jurisprudentzian funtsatzen da. Tresna horiek, Yogyakartako Printzipioak nabarmenduz, transexualitatearen eta genero identitatearen ulerkera aske eta despatologizatzailea bermatzen duen Nazioarteko Zuzenbide baterako bidea finkatu dute. Hala ere, gaiari buruzko instrumentu lotesle espezifikoko faltak genero identitateak baldintzatzen dituen bizitzako arlo desberdinak sakon arautzea galarazi du.

BIGARRENA. Europar Batasun mailan, EBJAren jurisprudentziak garatu du genero identitaterako eskubidearen babesa. Hala, Auzitegiak bere aurrera joandako pertsonen egoerak aztertu ditu, kasuan kasu. Honek Europar Batasuneko genero identitaterako eskubidearen babespeko subjektuak zeintzuk diren zehazteko zailtasunak planteatu ditu, izan ere, aztertutako kasuetako protagonista guztiek sexu berresleipen kirurgia jaso izanak EBJAk hizkuntza patologizatzailea erabiltzea eragin du. Dena dela, eskubidea orokortzearen alde egiten du doktrinak, EBJAk pertsona transen definitziorik ez ezartzeak kontzeptuaren malgutasuna dakarrela argudiatuz.

KIRUGARRENA. Adingabe transen egoera bereziki kritikoa da, bereizkeria arrazoi bik subjektu beraren gain eragina baitute. Ildo horretatik, Europa mailako garapen jurisprudentzialaren ondorioz, adingabe transak Auzitegietara ez joateak euren kasuak ikusezin bilakatzea eragin du. Nazioarteko Hitzarmentek ere ez dakarte genero identitatea eta adingabetasuna batera kontsideratzen dituzten xedapenik. Hortaz, adingabe transak dagoeneko eskasa den arauketa orokorrean murgilduta daude, euren berezitasunei ez-ikusi egiten zaielarik.

*Adingabe transen babesa espainiar antolamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

LAUGARRENA. Espainiar Estatuan, jurisprudentziak bere funtzio osatzailea gainditu eta legegile lanak egin behar izan zituen, transexualitatearen lege aurreikuspen falta gainditzeko. Horrela, Auzitegi Gorenaren epaien arabera, genero identitaterako eskubideak EKko 10.1 artikuluko nortasunaren garapen askean du bere Konstituzio oinarria, eta horretan funtsatuta, pertsona transen erregistroko sexu aipamen zein izen aldaketa onartzen zen, baina pertsona transak sentitutako sexura egokitzea fikzio juridiko gisa tratatuz. Ulerkera patologizatzailea gainditzeko asmoz, 3/2007 Legea aldarrikatu zen, gabezia handiak ekarri zituen: integrala izan ordez bizitzako arlo bakarra arautzea, patologizazioa guztiz atzean ez uztea eta adingabeak baztertzea. Konstituzio Auzitegia bazterketa honen konstituziotasunari buruz mintzatu bada ere, ezarpen eremuaren konstituzio-kontrakotasuna “heldutasun nahikodun” eta “transexualitate egoera finkoan” dauden adingabeei soilik lotzearen anbiguotasunak itzelezko segurtasun juridiko falta dakar adingabe transentzat, erregistroko sexu aipamena alda dezaketen edo ez jakite aldera.

BOSGARRENA. Hamalau Autonomia Erkidegok euren gain hartu dute Estatuko legearen mugatutasuna osotzea. Joera ezberdinak badaude ere, denek integraltasunera hurbiltzen diren legeak aldarrikatu dituzte, bizitzako arlo desberdinak jorratuz. Euren artean, Euskadiko legeak bilakaera garrantzitsua jasan du. Lehenik 2012an onetsi zen idazkeran, ikuskera patologikoa nabarmentzen zen oraindik, 3/2007 Legeko hizkuntza errepikatuz. 2019ko eraldaketak gainditu zuen oztopo hori, genero autodeterminazioa oinarri hartuz. Egun, 9/2019 Legeak transexualitatearen konplexutasuna aintzatesten du, bizitzako esparru anitz arautuz. Adingabeei dagokienez, ezarpen eremuan barneratzearekin batera, euren ezaugarri bereziak kontuan hartzen dira xedapenetan. Dena dela, lege proposamen berri batek integraltasuna eta adingabeen aintzatespena sendotzeko helburua du.

SEIGARRENA. Beharrezko da Estatu mailako legearen gabeziak onartu ostean, lege trans integral bat aldarrikatzeko lanak egitea. Autonomia Erkidegoetan, Euskadi barne, arauketa egokia badago ere, nahitaezkoa da oinarriak ezarriko dituen eta lurraldeen egoera berdinduko duen Estatuko legea onestea, atzean geratu diren Erkidegoak babestu eta orokorrean segurtasun juridikoa bermatzeko. Lan honetan, berebizikoa da genero autodeterminazioa oinarri hartzea, despatologizaziorantz jotzea eta adingabeen egoera berezia espresuki kontuan izatea, hauexek ezarpen eremura bilduz eta euren berezitasunak jorratuko dituzten xedapenak barneratuz, bizitzako arlo ezberdinetan.

VII. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK

7.1. Bibliografia

ÁLVAREZ SUÁREZ, L. “Patologización e Invisibilización de la identidad de género en España: ¿qué debemos aprender de la legislación argentina?”. *Opinión Jurídica*. 2020ko uztaila-abendua, 19. lib., 39. zkia.

BELL, M. “Gender Identity and Sexual Orientation: Alternative Pathways in EU Equality Law”. *The American Journal of Comparative Law*. 2012ko urtarrila, 60. lib.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Transexualidad y menor de edad”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 2020, 112. zkia.

BOTERE JUDIZIALAREN KONTSEILU NAGUSIA. *Informe al anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. 2022ko apirilaren 20a.

BURGOS GARCÍA, O. “El Derecho a la Identidad de Género como Derecho Fundamental en Interés del Menor”. *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinarias*. 2016ko ekaina-uztaila.

*Adingabe transen babesa espainiar antolamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

DÍAZ LAFUENTE, J. “La Protección de los Derechos Fundamentales frente a la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género en la Unión Europea”. *Revista General de Derecho Constitucional*. 2013, 17. zkia.

EKONOMIA ETA GIZARTE KONTSEILUA. *Dictamen 1/2022: Sobre el Anteproyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. 2022ko urtarrilaren 26a.

EUROPAKO KONTSEILUKO PARLAMENTUKO ASANBLADA. *Resolution 2048 - Discrimination against transgender people in Europe*. 2015eko apirilak 22, 2048 (2015).

EUSKO JAURLARITZA. “Transexualak genero identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzko lege proposamenari argi berdea eman dio Jaurlaritzak”. <https://www.euskadi.eus/eusko-jaurларitza/-/albiste/2022/transexualak-genero-identitateagatik-ez-baztertzeari-eta-haien-eskubideak-aitortzeari-buruzko-lege-proposamenari-argi-berdea-eman-dio-jaurларitza-gobernu-bilera-2022-3-8/> (Azken kontsulta 2022ko maiatzaren 9an).

ESTEVE ALGUACIL, L. eta NONELL RODRÍGUEZ, A. “Análisis del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2021, 3. zkia.

GÓMEZ LAPLAZA, M. C. “Transexualidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 2004, 1. zkia.

HAMMARBERG, T. “Derechos Humanos e Identidad de Género”. *TvT argitalpen-saila*. 2010eko urtarrila, 1. lib.

JURISTEN NAZIOARTEKO BATZORDEA. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Yogyakarta-ko Printzipioen webgunea: yogyakarta-principles.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf (Azken kontsulta 2022ko apirilaren 5ean).

LENGUA PARRA, A. “La trans-formación del Derecho: La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger la identidad de género de las personas trans”. *Ius et veritas*. 2019ko azaroa, 59. zkia.

MALDONADO, J. “El Reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual de los Menores Transexuales en los Ámbitos Registral, Educativo y Sanitario”. *RJUAM*. 2007, 36. zkia.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. “Sexo, Género y Derechos: Del ‘Derecho a la Orientación Sexual y la Identidad de Género’ al ‘Derecho a la Libre Determinación del Género’”. *Derechos y libertades*. 2022ko urtarrila, 46. zkia.

MERINO SANCHO, V. “Una Revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Intimidación Sexual y la Autonomía Individual”. *Derechos y libertades*. 2018ko urtarrila, 38. zenbakia.

NAZIO BATUEN ESKUBIDE EKONOMIKO, SOZIAL ETA KULTURALAREN BATZORDEA. *Observación general N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 2009ko uztailak 2, E/C.12/GC/20.

NBGE. *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género: Resolución aprobada por el Consejo de Derechos*. 2011ko uztailak 14, A/HRC/RES/17/19.

NBGE. *Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*. 2014ko abenduak 16, CCPR/C/GC/35.

NAZIO BATUEN GIZA ESKUBIDEETARAKO GOI MANDATARIAREN BULEGOA. *Informe sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Geneva: Nazio Batuen Giza Eskubideetarako Goi Mandatariaren Bulegoa, 2011ko azaroak 17, A/HRC/19/41.

NAZIO BATUEN HAURREN ESKUBIDEEN BATZORDEA. *Observación general n° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. 2013ko apirilak 17, CRC/C/GC/15.

OSELLA, S. “The Court of Justice and gender recognition: A possibility for an expansive interpretation?” *Women’s Studies International Forum*. 2021eko ekaina, 87. lib.

SALAZAR BENÍTEZ, O. “La Identidad de Género como Derecho Emergente”. *Revista de estudios políticos*. 2015, 169. zkia.

7.2. Legeria

a) Nazioarteko legeria

Nazio Batuen Gutuna, San Frantziskon sinatua 1945eko ekainaren 26an.

Giza Eskubideen Aldarrikapen Unibertsala, Parisen sinatua 1948ko abenduaren 10ean.

Europako Kontseiluko Giza Eskubideen eta Oinarrizko Askatasunen Europako Hitzarmena, Erroman sinatua 1950eko azaroaren 4an. Espainiaren atxikitze tresna, 1979ko urriaren 10ekoa, EAOn 243. zkia.

Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Ituna, New Yorke sinatua 1966ko abenduaren 19an. Espainiaren atxikitze tresna, 1977ko apirilaren 30ekoa, EBAOn 103. zkia.

Eskubide Ekonomiko, Sozial eta Kulturalen Nazioarteko Ituna, New Yorke sinatua 1966ko abenduaren 19an. Espainiaren atxikitze tresna, 1977ko apirilaren 30ekoa, EBAOn 103. zkia.

Haurren Eskubideei buruzko Hitzarmena, New Yorke sinatua 1989ko azaroaren 20an. Espainiaren atxikitze tresna, 1990eko abenduaren 31koa, EAOn 313. zkia.

b) Europako legeria

Europar Parlamentuaren, Kontseiluaren eta Batzordearen Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutuna, 2000ko abenduaren 7koa, EBAOn C 364/5 zkia.

Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 76/207/EEE Zuzentaraua, 1976ko otsailaren 9koa, Enplegu, formazio, promozio eta lan baldintza gaietan gizon eta emakumeen arteko tratu berdintasunaren printzipioa aplikatzeari buruzkoa, EBAOn L039 zkia.

Europar Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2006/54/EE Zuzentaraua, 2006ko uztailaren 5ekoa, Enplegu eta okupazio gaietan gizon eta emakumeen arteko tratu berdintasunaren printzipioa aplikatzeari buruzkoa (Testu Bategina), EBAOren L204 zkia.

c) *Espainiako legeria*

c.1.) Estatu mailako legeria

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

1957ko ekainaren 8ko Legea, Erregistro Zibilari buruzkoa. EAOren 151. zkia, 1957ko ekainaren 10ekoa.

3/2007 Legea, martxoaren 15ekoa, pertsonen sexu aipamenaren erregistro zuzenketa arautzekoa. EAOren 65. zkia., 2007ko martxoaren 16koa, 11251-11253 orr.

20/2011 Legea, uztailaren 21ekoa, Erregistro Zibila arautzekoa. EAOren 175. zkia., 2011ko uztailaren 22koa.

Pertsona transen berdintasun erreal eta eragingarrirako eta LGTBI pertsonen eskubideak bermatzeko Lege Aurreproiektua. www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf (Azken kontsulta 2022ko maiatzaren 9an).

c.2.) Autonomia Erkidegoetako legeria

14/2012 Legea, ekainaren 28koa, transexualak genero-identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzkoa. EAOren 172. zkia., 2012ko uztailaren 19koa.

2/2014 Legea, apirilaren 14koa, lesbiana, gay, transexual, bisexual eta intersexualen tratu berdintasunari buruzkoa Galizian. EAOren 127. zkia., 2014ko maiatzaren 26koa.

2/2014 Legea, uztailaren 8koa, integrala genero identitateagatiko bereizkeria ezerako eta Andaluziako pertsona transen eskubideak aintzatesteko. EAOn 193. zkia., 2014ko abuztuaren 9koa.

11/2014 Legea, urriaren 10ekoa, lesbiana, gay, bisexual, transgenero eta intersexualen eskubideak bermatzekoa eta homofobia, bifobia eta transfobia ezabatuzkoa. EAOn 281. zkia., 2014ko azaroaren 20koa.

12/2015 Legea, apirilaren 8koa, lesbiana, gai, bisexual, transexual, transgenero eta intersexualen gizarte berdintasunari buruzkoa, eta sexu-orientazio zein genero identitateagatiko bereizkeriaren aurkako gizarte politikei buruzkoa Extremadurako Autonomia Erkidegoan. EAOn 108 zkia., 2015eko maiatzaren 6koa.

2/2016 Legea, martxoaren 29koa, Genero Identitate eta Adierazpenari, Gizarte Berdintasunari eta Bereizkeria Ezari buruzkoa Madrilgo Autonomia Erkidegoan. EAOn 169. zkia., 2016ko uztailaren 14koa.

8/2016 Legea, maiatzaren 27koa, lesbiana, gai, bisexual, transexual, transgenero eta intersexualen gizarte berdintasunari buruzkoa, eta sexu-orientazio zein genero identitateagatiko bereizkeriaren aurkako gizarte politikei buruzkoa Murziako Autonomia Erkidegoan. EAOn 153. zkia., 2016ko ekainaren 25koa.

8/2016 Legea, maiatzaren 30ekoa, lesbiana, gay, trans, bisexual eta intersexualen eskubideak bermatzekoa eta LGTBI fobia ezabatuzkoa. EAOn 157. zkia., 2016ko ekainaren 30ekoa.

8/2017 Legea, apirilaren 7koa, integrala genero identitate eta adierazpenaren aintzatespenerako Valentziako Autonomia Erkidegoan. EAOn 112. zkia., 2017ko maiatzaren 11koa.

8/2017 Foru Legea, ekainaren 18koa, LGTBI+ pertsonen berdintasun sozialari buruzkoa. EAOn 173. zkia., 2017ko uztailaren 21ekoa.

4/2018 Legea, apirilaren 19koa, Genero Identitate eta Adierazpenari, Gizarte Berdintasunari eta Bereizkeria Ezari buruzkoa Aragoiko Autonomia Erkidegoan. EAOn 131. zkia., 2018ko maiatzaren 30ekoa.

9/2019 Legea, ekainaren 27koa, 14/2012 Legea, ekainaren 28koa, transexualak genero-identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzkoa aldatzekoa. EAOn 172. zkia., 2019ko uztailaren 19koa.

8/2020 Legea, azaroaren 11koa, Lesbiana, Gai, Trans, Transgenero, Bisexual eta Intersexualen eskubideak bermatzekoa eta sexu-orientazio zein genero identitateagatik bereizkeria ezari buruzkoa. EAOn 322. zkia., 2020ko abenduaren 10ekoa.

2/2021 Legea, ekainaren 7koa, gizarte berdintasunari eta genero identitateagatik, genero adierazpenagatik edo sexu ezaugarriengatik bereizkeria ezari buruzkoa. EAOn 163. zkia., 2021eko uztailaren 9koa.

2/2022 Legea, otsailaren 23koa, pertsona transen eta euren senideen berdintasunari, genero identitate eta adierazpenaren aintzatespenari eta eskubideei buruzkoa Errioxako Autonomia Erkidegoan. EAOn 57. zkia., 2022ko martxoaren 8koa.

Lege-proposamena, transexualak genero identitateagatik ez baztertzeari eta haien eskubideak aitortzeari buruzko ekainaren 28ko 14/2012 Legea bigarren aldiz aldatzekoa. <https://euskolegebiltzarra.eaj-pnv.eus/eu/agiriak/20372/lege-proposamena-transexualak-genero-identitateaga> (Azken kontsulta 2022ko maiatzaren 10ean).

7.3. Jurisprudentzia

a) *Europako jurisprudentzia*

a.1.) GEEAren jurisprudentzia

GEEAren 9532/81 epaia, 1986ko urriaren 17koa, Rees Erresuma Batuaren kontra.

GEEAren 10843/84 epaia, 1990eko irailaren 27koa, Cossey Erresuma Batuaren kontra.

*Adingabe transen babesa espainiar antolamendu juridikoan:
aipamen berezia Euskadiko kasuari*

GEEAren 21830/93 epaia, 1997ko apirilaren 22koa, X, Y eta Z Erresuma Batuen kontra.

GEEAren 28957/95 epaia, 2002ko uztailaren 11koa, Christine Goodwin Erresuma Batuen kontra.

GEEAren 35968/97 epaia, 2003ko ekainaren 12koa, Van Kück Alemaniaren kontra.

a.2.) EBJAren jurisprudentzia

EBJAren C-13/94 epaia, 1996ko apirilaren 30ekoa, P. S. eta Cornwall County-ren kontra, ECLI:EU:C:1996:170.

EBJAren C-117/01 epaia, 2004ko urtarrilaren 7koa, K.B. National Health Service Pensions Agency eta Secretary of State for Health-en kontra, ECLI:EU:C:2004:7.

EBJAren C-423/04 epaia, 2006ko apirilaren 27koa, Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions-en kontra, ECLI:EU:C:2006:256.

EBJAren C-451/16 epaia, 2018ko ekainaren 26koa, MB Secretary of State for Work and Pensions-en kontra, ECLI:EU:C:2018:492.

b) *Espainiako jurisprudentzia*

Konstituzio Auzitegiaren 99/2019 epaia, 2019ko uztailaren 18koa. Erref.: Aranzadi, RTC\2019\99.

Auzitegi Gorenaren 1987ko uztailaren 2ko epaia. Erref.: Aranzadi, RJ\1987\5045.

Auzitegi Gorenaren 1988ko uztailaren 15eko epaia. Erref.: CENDOJ, 9445/1988.

Auzitegi Gorenaren 1989ko martxoaren 3ko epaia. Erref.: Aranzadi, RJ\1989\1993.

Auzitegi Gorenaren 1991ko apirilaren 19ko epaia. Erref.: Aranzadi, RJ\1991\2725.

Auzitegi Gorenaren 811/2002 epaia, 2002ko irailaren 6koa. Erref.: Aranzadi, RJ\2002\7180.

Auzitegi Gorenaren 2016ko martxoaren 10eko autoa. Erref.: Aranzadi, RJ\2016\1392.

Auzitegi Gorenaren 685/2019 epaia, abenduaren 17koa. Erref.: CENDOJ, 4217/2019.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco^{*}

RAMÓN VARELA OLALDE

Graduado en Derecho y Relaciones Internacionales
por la Universidad de Deusto

Deustuko Unibertsitateko Zuzenbideko
eta Nazioarteko Harremanetako gradudun bikoitza

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 10/11/2022

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 24/05/2023

Resumen: La gravedad del cambio climático y los efectos perniciosos que este puede tener sobre la economía, la salud y el bienestar de la población han llevado a legisladores de todo el mundo comenzar a regular la adopción de objetivos y medidas para reducir su principal causa: los gases de efecto invernadero. Instituciones como la Unión Europea han aprobado (desde hace décadas) múltiples reglamentos y directivas para atajar estas emisiones. Entre otras, el Reglamento 2021/1112, de legislación europea sobre el clima, vincula al continente a la reducción de emisiones absoluta para el año 2050 y establece objetivos intermedios para los años 2030 y 2040.

* “Trabajo premiado en la VII Edición del “Premio Adrián Celaya para Jóvenes Juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, en 2022.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
DL./L.G.: BI-1677-03

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVIII. Nº 31. Enero-Diciembre, 2023, pp. 341-388
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVIII. urtea. 31 zk. 2023, Urtarrila-Abendua, 341-388 or.

En España, la Ley 7/2021, de 7 de mayo, de cambio climático y transición energética, sirve de principal referencia legislativa en esta materia. Además, diversas Comunidades Autónomas (CCAA de ahora en adelante) han aprobado legislaciones similares o están en trámite de elaboración de estas. Entre ellas, la Comunidad Autónoma vasca aprobó el Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático el 26 de noviembre de 2021, en aras de finalizar el proceso legislativo a lo largo de 2023.

En este contexto, el foco del presente trabajo será ofrecer al lector un estudio doctrinal y jurisprudencial de la distribución competencial en materia medio ambiental, seguido de un estudio más particular en materia de cambio climático. Para ello, se tratará de dilucidar el alcance de las competencias vascas en esta materia contraponiendo la normativa vasca y la estatal. En particular, el texto analizará tanto extralimitaciones competenciales del Estado como las posibilidades de expansión de la legislación vasca, además de realizar una crítica constructiva a la técnica legislativa de ambos textos.

Palabras clave: Derecho al medio ambiente; cambio climático; Competencias; Administración Ambiental

Estatuaren eta autonomia-erkidegoen arteko eskumen-banaketa kompleksua ingurumenaren eta klima-aldaketaren arloan, Euskal Autonomia Erkidegoko kasua bereziki aipatuta

Laburpena: Klima-aldaketaren larritasuna eta horrek eragiten dituen ondorio kaltegarriak ekonomiaren, osasunaren eta biztanleriaren ongizatearen gainean ikusita, mundu osoko legegileak klima-aldaketaren arrazoi nagusia murrizteko helburuak eta neurriak hartzen hasi dira, hots, berotegi-efektuko gasak murrizteko. Europar Batasuna bezalako erakundeek (duela hamarkada batzuk) hainbat erregelamendu eta zuzentarau onetsi dituzte, isuri horiek eteteko. Besteak beste, 2021/1112 Erregelamenduak, klimari buruzko Europako legeria jaso duenak, kontinentea emisioen erabateko murrizketarekin lotzen du 2050. urterako, eta 2030. eta 2040. urteetarako tarteko helburuak ezartzen ditu.

Spainian, maiatzaren 7ko 7/2021 Legea, klima-aldaketari eta trantsizio energetikoari buruzkoa, lege-erreferentzia nagusia da arlo honetan. Gainera, hainbat autonomia-erkidego (hemendik aurrera AAEE) antzeko legediak onetsi dituzte edo onesteko bidean daude. Horien artean, Euskal Autonomia Erkidegoak Trantsizio Energetikoaren eta Klima Aldaketaren Legearen Aurreproiektua onetsi zuen 2021eko azaroaren 26an, 2023an legegintza-prozesua amaitzeko asmoarekin.

Testuinguru horretan, lan honen ardatza da irakurleari ingurumenari buruzko eskumen-banaketaren azalpena eskaintzea, doktrina-eta jurisprudentzia-aztertuz. Ondoren, azterketa bereziago bat egin nahi da, klima-aldaketaren gainean. Horretarako, Euskal Autonomia Erkidegoak arlo honetan dituen eskumene norainokoa argitzen saiatuko gara, Euskal Herriko eta Estatuko araudia kontrajarriz. Bereziki, testuak Estatuaren gehiegikeriak eskumenen arloan aztertuko ditu, baita EAEko legedia zabaltzeko aukerak ere. Azkenik, testu bien kritika konstruktiboa egin nahi da, horien legegintza-teknikak aztertuta.

Gako-hitzak: ingurumena izateko eskubidea; klima-aldaketa; eskumenak; ingurumenaren administrazioa.

The complex distribution of powers between the State and the autonomous communities in matters of the environment and climate change, with special reference to the Basque case

Abstract: The severity of climate change and the pernicious effects that it can have on the economy, health and well-being of the population have led legislators from all over the world to begin regulating the adoption of objectives and measures to reduce its main cause: effect of greenhouse gases. Institutions such as the European Union have approved (for decades) multiple regulations and directives to tackle these emissions. Among others, Regulation 2021/1112, of European climate legislation, binds the continent to the reduction of absolute emissions for the year 2050 and establishes intermediate objectives for the years 2030 and 2040.

In Spain, Law 7/2021, of May 7, on climate change and energy transition, serves as the main legislative reference on this matter. In addition, various Autonomous Communities (CCAA from now on) have approved similar legislation or are in the process of drafting it. Among them, the Basque Autonomous Community approved the Draft Energy Transition and Climate Change Law on November 26, 2021, in order to finalize the legislative process throughout 2023.

In this context, the focus of this paper will be to offer the reader a doctrinal and jurisprudential study of the distribution of powers in environmental matters, followed by a more specific study on climate change. To this end, an attempt will be made to elucidate the scope of the Basque powers in this matter, contrasting the Basque and state regulations. In particular, the text will analyze both the State's excess of powers and the possibilities of expansion of Basque legislation, in addition to making a constructive criticism of the legislative technique of both texts.

Key words: environmental law; climate change; powers; environmental administration.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

SUMARIO: LISTA DE ABREVIATURAS. I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. (2.1). Análisis competencial. (2.2.) Consideraciones jurisprudenciales. (2.3.) Erosión competencial autonómica. III. ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMPETENCIAL ENTRE LA NORMATIVA ESTATAL Y VASCA DE CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA. (3.1.) Análisis de la jurisprudencia esencial en materia de cambio climático. (3.2) Marco legislativo estatal y vasco. a) Análisis normativo. b) Propuestas de *lege ferenda*. IV. CONCLUSIONES. V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA. (5.1) Bibliografía. (5.2) Legislación. (5.3) Jurisprudencia...

LISTA DE ABREVIATURAS

AAPP:	Administraciones Públicas
AP:	Administración Pública
Art.:	Artículo
CA:	Comunidad Autónoma
CCAA:	Comunidades Autónomas
CE:	Constitución Española
EA:	Estatuto de Autonomía
EEA:	Estatutos de Autonomía
F.j.:	Fundamento jurídico
Ff.jj.:	Fundamentos jurídicos
TC:	Tribunal Constitucional
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional

I. INTRODUCCIÓN

La gravedad del cambio climático y los efectos perniciosos que este puede tener sobre la economía, la salud y el bienestar de la población han llevado a legisladores de todo el mundo comenzar a regular la adopción de objetivos y medidas para reducir su principal causa: los gases de efecto invernadero. Instituciones como la Unión Europea han aprobado (desde hace décadas) múltiples reglamentos y directivas para atajar estas emisiones. Entre otras, el Reglamento 2021/1112, de legislación europea sobre el clima, vincula al continente a la reducción de emisiones absoluta para el año 2050 y establece objetivos intermedios para los años 2030 y 2040. En España, la Ley 7/2021, de 7 de mayo, de cambio climático y transición energética, sirve de principal referencia legislativa en esta materia. Además, diversas Comunidades Autónomas (CCAA de ahora en adelante) han aprobado legislaciones similares o están en trámite de elaboración de estas. Entre ellas, la Comunidad Autónoma vasca aprobó el Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático el 26 de noviembre de 2021, en aras de finalizar el proceso legislativo a lo largo de 2023.

En este contexto, el foco del presente trabajo será ofrecer al lector un estudio doctrinal y jurisprudencial de la distribución competencial en materia medio ambiental, seguido de un estudio más particular en materia de cambio climático. Para ello, se tratará de dilucidar el alcance de las competencias vascas en esta materia contraponiendo la normativa vasca y la estatal. En particular, el texto analizará tanto extralimitaciones competenciales del Estado como las posibilidades de expansión de la legislación vasca, además de realizar una crítica constructiva a la técnica legislativa de ambos textos.

El motivo para la realización de este trabajo reside en lo novedoso de la legislación sobre esta materia y la posibilidad de ofrecer un marco apto para su análisis competencial dentro del contexto vasco. Respec-

to a la metodología utilizada, el texto se nutrirá de distintos autores de la doctrina y, en especial, incluirá numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional (TC de ahora en adelante) en materia medio ambiental.

Para su consecución, el trabajo se dividirá en cuatro secciones, siendo la primera de ellas la presente. La segunda introducirá la distribución competencial en materia de medio ambiente, realizando una aproximación cronológica a las distintas resoluciones del TC, sus consecuencias y la opinión de diversas fuentes doctrinales. Cabe destacar respecto a este apartado que, efectivamente, la competencia en protección al medio ambiente no es la única que afecta a la problemática del cambio climático al ser este multisectorial. Sin embargo, se opta por un análisis de esta debido a que, en esencia, las legislaciones sobre cambio climático encuentran su cobertura en la protección medio ambiental¹. La cuarta sección nos llevará primero a estudiar y discutir el marco jurisprudencial en materia de cambio climático para proceder después con un análisis comparativo de la legislación estatal y vasca, buscando los puntos que mencionábamos como centrales del trabajo en el párrafo anterior. Y, por último, cerrará este proyecto la enumeración de unas conclusiones.

II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

2.1. Análisis competencial

El texto constitucional referencia el medio ambiente por primera vez en su artículo 45 como principio rector de la política social y económica. En relación con lo que este engloba, BELTRÁN AGUIRRE defiende que, al contrario que los títulos competenciales que veremos a continuación, el concepto de medio ambiente del artículo 45 es amplísimo, incluyendo

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 87/2019, de 20 de junio de 2019.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

múltiples materias sectoriales². Entendido en el contexto que ofrece el artículo 40, que asegura que los poderes públicos deben promover el progreso social y económico, la jurisprudencia del TC ha consolidado que efectivamente el concepto de desarrollo sostenible se encuentra impregnado en la CE, puesto que no se puede entender el progreso social sin una debida protección del medio ambiente³. Resulta necesario apuntar que, como todos los principios recogidos en el título primero capítulo tercero, el artículo 45 no genera por sí mismo derechos judicialmente exigibles (art. 53 de la CE). Un proyecto más que interesante podría versar sobre el debate y la argumentación de una hipotética reforma constitucional que convirtiese la protección al medio ambiente en un derecho fundamental⁴, con el único precedente en la STC 233/2015⁵, pero incluir el mismo quedaría fuera del objeto del presente trabajo.

El siguiente precepto constitucional que referencia al medio ambiente resulta nuclear para el presente trabajo. El artículo 149.2.23, que forma parte de la enumeración de las competencias exclusivas del estado, incluye en ese listado la siguiente materia con las funciones mencionadas:

“Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”⁶.

² BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Enero-abril de 1995. Núm. 45, p. 548.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 102/1995, de 26 de junio de 1995, Fj. 4.

⁴ SANTAMARÍA ARINAS, Rene Javier. *Curso básico de derecho ambiental general*. Segunda Edición. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública. 2019. p. 69.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 233/2015, de 5 de noviembre de 2015, Fj. 2.

⁶ Constitución Española de 1978, artículo 149.2.23.

Por otro lado, el artículo 148.1.9 es parte del listado de las competencias que pueden asumir las CCAA, que incluye “la gestión en materia de protección del medio ambiente”⁷. De la lectura de dichos listados podemos concluir también que, contrariamente a lo que mencionábamos anteriormente sobre el artículo 45, esta materia medioambiental se encuentra conceptualmente más limitada, particularmente al encontrar otras materias sectoriales fuertemente relacionadas con el mismo pero que sin embargo componen títulos competenciales distintas (montes, caza y pesca...). Además, también podemos extraer que nos encontramos ante una competencia compartida que puede complicar aún más las fronteras de acción entre las distintas AAPP.

Por ende, los próximos párrafos pretenden realizar un breve repaso a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales en el análisis funcional de la competencia de protección de medio ambiente. El proceso estatuyente se realizó a dos velocidades y con dos grados de autonomía distintos^{8,9}, existiendo el mismo esquema en materia medio ambiental. Las comunidades de autonomía plena (i.e., la Comunidad Autónoma Vasca) no solo asumieron la gestión en esta materia, sino que además incluyeron la potestad de ejercer el desarrollo legislativo y la adopción de normas adicionales de protección^{10,11}. Por el contrario, el resto de los Estatutos de Autonomía, promulgados por vía del artículo 143, se limitaron a la asunción de la gestión lo menos hasta que llegase la reforma

⁷ Constitución Española de 1978, artículo 148.1.9.

⁸ PÉREZ TREMP, Pablo. “Principios generales de la organización territorial del Estado”. Lección 32. En: *Derecho Constitucional*, vol. II. *Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. 11ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2018, pp. 263-286.

⁹ Constitución Española de 1978, Disposición Transitoria Segunda.

¹⁰ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. “La distribución...”, *op. cit.*, p. 549.

¹¹ Estatuto de Autonomía del País Vasco, artículo 11.1.a.

estatutaria o la adquisición competencial mediante la vía del artículo 150, si bien las Islas Baleares y la Comunidad de Madrid también incluyeron el desarrollo legislativo como potestad propia¹².

2.2. Consideraciones jurisprudenciales

De la lectura literal podemos deducir que las comunidades de autonomía plena pueden no sólo desarrollar las disposiciones legales básicas del Estado, sino que además pueden aprobar normas añadidas que aumenten la intervención pública en esta materia¹³. A partir de este esquema inicial, la jurisprudencia constitucional resulta contradictoria. Es más, distintos autores como BELTRÁN AGUIRRE o SANTAMARÍA ARINAS han pretendido dividir la jurisprudencia en esta materia en distintas fases, pero ambos muestran ejemplos que podrían contradecir el trabajo del otro. Por comenzar en orden cronológico, la STC 64/1982 comenzó promoviendo una lectura en sentido literal (como la que mencionábamos a principios de párrafo) del texto constitucional y los EEA. Tal es así que, resolviendo un recurso a la legislación catalana en materia de parques naturales, el Tribunal entendía que la CA tenía competencias para dictar normas de desarrollo y de adicional protección^{14,15}.

¹² BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. “La distribución...”, *op. cit.*, p. 550.

¹³ MORENO GARCÍA, Javier. “Evolución de la erosión competencial del Estatuto de Gernika en materia de Protección del Medio Ambiente”. En: *La erosión silenciosa*. Primera edición. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 486.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 64/1982, de 4 de noviembre de 1982. Fj. 3.

¹⁵ Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 268, de 20 de octubre de 1982.

Sin embargo, fue necesaria menos de una década para que la jurisprudencia constitucional cambiara de forma sorprendente y con una argumentación cuanto menos curiosa. Así, la STC 149/1991 establece que “en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en otros ámbitos”¹⁶. Añade además que la legislación básica del Estado puede llegar a alcanzar tal detalle que agote la capacidad de desarrollo de las CCAA que hubiesen asumido esta competencia, admitiendo explícitamente una equiparación entre todas las CCAA en materia competencial. Se justifica esta posición aludiendo a que el artículo 149.1.23 hace referencia a legislación básica y no a las bases, además de no incluir ese mismo precepto expresamente la potestad de desarrollo legislativo por parte de las CCAA. Sin embargo, tal consideración obvia la ya mencionada relevancia de los EEA y el denominado proceso estatuyente en el establecimiento del Estado Autonómico y su estructura competencial¹⁷.

La STC 102/1995 contradujo el posicionamiento de la sentencia emitida por el mismo tribunal cuatro años atrás. Comienza aludiendo a la nomenclatura utilizada por el texto constitucional cuando enumera las competencias exclusivas del Estado sobre las “bases”, “condiciones básicas”, “normas básicas” y “legislación básica”. Así, entiende que estas no contienen un significado diferenciador entre sí, queriendo expresar todas las versiones la necesidad del Estado de establecer un mínimo denominador común que permita la solidaridad e igualdad en la protección al medio ambiente. Añade además que, en cualquier caso, las últimas dos formas invitan a entender que efectivamente existe un espacio para el

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 149/1991, de 4 de julio de 1991. Fj. 1

¹⁷ En relación con la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. Boletín Oficial del Estado. Núm. 181, de 29 de julio de 1988.

desarrollo de esa norma o legislación básica¹⁸. Por ende, esta resolución reconoce distanciarse de la analizada en el párrafo anterior, al entender que efectivamente corresponde a las CCAA poder desarrollar la legislación estatal e incluso dictar normas de adicional protección en esta materia si hubiesen asumido las competencias para ello. Por último, entiende también que no puede generarse una fórmula para esclarecer cuando la legislación estatal supera lo básico, por lo que deberá tratarse caso por caso por el mismo TC¹⁹. Sentencias subsecuentes de esa misma década refrendaron esta visión interpretativa con algún añadido, como el realizado por la STC 166/2002 asegurando que las leyes de bases han de actuar como una ordenación mediante mínimos y no como afán armonizador, por lo que legislaciones más ambiciosas que ofrezcan una protección añadida²⁰ (normas de protección adicional, como literalmente figura en la CE) nunca serían por esa condición inconstitucionales²¹.

Desde entonces no existe un cambio de criterio explícito que lleve a una negación directa de los argumentos recogidos en la STC 102/1995. Aun así, existen varias resoluciones que implícitamente acarrear un retorno a una perspectiva más centralista. A raíz de estas, autores como VALENCIA MARTÍN llegan a concluir que hemos retrocedido silenciosamente a los planteamientos de la STC 149/1991, principalmente debido a que el grado de detalle de la regulación estatal ha dejado de ser criterio para la sobre extensión de lo básico²². Por ejemplo, en dos ocasiones diferentes

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 102/1995, de 26 de junio de 1995. Fj. 8.

¹⁹ STC n° 102/1995, de 26 de junio de 1995. Fj. 9.

²⁰ Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial. Boletín Oficial del Estado. Núm. 131, de 2 de junio de 1995. Páginas 16248 a 16271.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 166/2002, de 18 de septiembre de 2002. Fj. 9.

²² VALENCIA MARTÍN, Germán. *Jurisprudencia Ambiental y Medio Ambiente*. Aranzadi, 2017. p. 333.

el TC ha intentado establecer una serie de criterios para poder interpretar en qué han de consistir las bases. En la primera, la STC 101/2005 establece tres elementos claves: que suponen el establecimiento de mínimos comunes que solo pueden ser mejorados, y nunca reducidos; que lo relevante no es la abstracción o detalle del texto legal básico, sino su “finalidad tuitiva”; y, por último, la posibilidad de que la normativa básica y su transversalidad pueda afectar al desarrollo normativo autonómico en otras materias sectoriales conexas (siendo estos dos últimos elementos algo que trabajaremos más adelante, cuando introduzcamos el ámbito material de la competencia de medio ambiente)²³. Además, en dicho texto también se flexibilizan los requisitos formales de la legislación básica, puesto que supera el requisito indispensable de tener rango legal al estar siendo objeto de impugnación un Plan director gubernamental^{24,25}. En segundo lugar, y más recientemente, la STC 54/2017 cita literalmente lo anteriormente expuesto de la STC 101/2005 como válido, y añade un cuarto criterio que provoca la extensión material de lo “básico” debido al carácter global de la problemática y la necesidad de encuadrarla en la exigencia de solidaridad recogida en el artículo 45.2 de la CE.

Utilizaremos estas dos últimas sentencias para introducir los problemas de delimitación que tiene la competencia de medio ambiente en su vertiente material o subjetiva, habiendo discutido hasta el momento la interpretación del TC en relación con la extensión de la legislación básica en esta materia (o su ámbito funcional). Así, según MORENO GARCÍA, desde muy temprano la jurisprudencia constitucional reconocía que existían materias muy íntimamente conexas a la protección ambiental. Para dilu-

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 101/2005, de 20 de mayo de 2005. Fj. 5.

²⁴ MORENO GARCÍA, Javier. “Evolución de la erosión...”, *op. cit.*, p. 488.

²⁵ Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el plan director de la red de parques nacionales. Boletín Oficial del Estado. Núm. 297, de 13 de diciembre de 1999, pp. 42932-42943.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

cidar dicho debate, surgen dos formas de interpretar caso por caso cada conflicto competencial: la transversalidad y la integración. La primera entiende el medio ambiente como un concepto jurídico indeterminado “con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar”²⁶. Incluye entonces elementos conexos dentro del haber competencial de la protección al medio ambiente. La segunda, por contrario, entiende que por mucho que exista dicha conexión, la relevancia ha de adquirirla la materia sectorial afectada o relacionada y desde su titularidad debe llevarse a cabo la protección al medio ambiente²⁷.

Hasta el momento la utilización de estas teorías por parte del TC no ha sido constante y, más bien, parece ser analizada caso por caso en virtud del interés último del Estado y no de las CCAA²⁸. El TC ha fallado en favor de la transversalidad de la competencia exclusiva en legislación básica de protección del medio ambiente entre otras en la STC 69/2013. En ella se establece que, si existiese un sector con materia conexas la protección del medio ambiente, como la caza o la pesca fluvial, la legislación estatal básica debe primar^{29,30}. Otro ejemplo relevante en el uso de esta teoría podría encontrarse en la STC 141/2014, que avaló la Ley de Suelo de 2008 del Estado defendiendo que la ordenación del territorio y el urbanismo, si bien son materias competenciales de titularidad autonómica, también tienen una relevancia en la protección del medio ambiente

²⁶ MORENO GARCÍA, Javier. “Evolución de la erosión...”, *op. cit.*, p. 483.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 69/2013, de 14 de marzo de 2013. Fj. 3 a.

³⁰ Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. Boletín Oficial del Estado. Núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

y por ende han de incluirse en esa materia³¹. MORENO GARCÍA incluye un listado interesante de otras sentencias relevantes que hacen uso de la teoría de transversalidad para erosionar el ámbito competencial vasco³².

De igual forma, también ha existido el uso de la teoría de integración para justificar lo mismo: el incremento competencial del Estado en detrimento de las CCAA. El ejemplo más claro se da con las normativas del fracking autonómicas³³. De la STC 106/2014 extraemos que, según el TC,

“Debe señalarse que la controversia se encuadra en el ámbito material de la energía, no obstante, la incidencia que los recursos mineros y gasísticos, el régimen jurídico de los hidrocarburos líquidos y sólidos y su explotación tiene sobre otras materias; en especial la protección del medio ambiente”³⁴.

Es decir, la argumentación del TC ignora su propia lista de criterios para discernir si una materia es sectorial o puede encuadrarse dentro de la materia de medio ambiente. Estos son tanto anteriores a esta resolución (la ya mencionada y expuesta STC 101/2005)³⁵ como posteriores a la misma (STC 54/2017)^{36,37}. En particular, la necesidad de estar ante la “finalidad

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 141/2014, de 11 de septiembre de 2014. F.j. 5.

³² MORENO GARCÍA, Javier. “Evolución de la erosión...”, *op. cit.*, p. 489.

³³ Entre otras, también la Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 65/2018, de 7 de junio de 2018 a la Ley 1/2017, de 9 de marzo, por la que se establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y del medio ambiente para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos utilizando la técnica de la fractura hidráulica. Boletín Oficial del Estado. Núm. 111, de 10 de mayo de 2017, pp. 37818-37825.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 106/2014, de 24 de junio de 2014. F.j. 3.

³⁵ STC n° 101/2005, de 20 de mayo de 2005

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 54/2017, de 11 de mayo de 2017.

³⁷ Ley 2/2013, de 29 de mayo coma de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. Boletín Oficial del Estado. Núm. 129, de 30 de mayo de 2013, páginas 40691 a 40736.

tuitiva” del texto legislativo es el criterio que debería primar para el estudio de su atribución competencia al Estado o a cualquier CCAA. Esta línea de pensamiento fue defendida en el voto particular del magistrado VALDES DAL RE respaldado por otros dos compañeros a la STC 8/2018, sobre la misma materia. Argumentaba que, en la legislación vasca³⁸, la intención del legislador era someter estos proyectos a los instrumentos de ordenación ambiental para el análisis caso por caso de sí, efectivamente, podían resultar dañinos para el medio ambiente. De ser considerada esta finalidad del texto legal, esta se encontraría incluso amparada por la legislación básica estatal en la materia, siendo encuadrada en la competencia de desarrollo legislativo en protección al medio ambiente y no a la de bases del sector energético y minero³⁹. Añadiría, a mi juicio personal, que, si estamos al tenor literal de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía vasco, el establecimiento de una normativa que acrecienta el nivel de protección medio ambiental (especialmente considerando las particulares repercusiones que tiene la fractura hidráulica) debería ser perfectamente constitucional.

Parece evidente que no puede elegirse entre una de las dos teorías (integración o transversalidad) susceptible de aplicación a todos los casos. Por ello, también es lógico apelar al criterio de analizar cuál es la “finalidad tuitiva” de la normativa enjuiciada para determinar si efectivamente podemos encuadrarla o no en materia medio ambiental. Sin embargo, esta afirmación tiene dos matices: en primer lugar, este no puede ser el único criterio para delimitar el alcance funcional de la competencia olvidando el grado de detalle de la legislación básica; y, en segundo lugar, con relación a su uso para la delimitación del alcance material, su uso no debe

³⁸ Ley 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o «fracking» de Euskadi. Boletín Oficial del País Vasco. Núm. 128, 9 de julio de 2015.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 8/2018, de 25 de enero de 2018. Voto particular.

ser incongruente. En relación con el primero de los matices, esto se debe a que, como bien recordaba la STC 102/1995, el grado de detalle de la legislación estatal es absolutamente fundamental, puesto que, independientemente de su finalidad tuitiva, su sobredimensión podría provocar el agotamiento competencial de las CCAA que hubiesen asumido el desarrollo legislativo en materia de medio ambiente, incumpliendo así estos Estatutos de Autonomía⁴⁰. En relación con el segundo de los matices, hemos mencionado con anterioridad el uso que ha realizado el TC de las teorías de integración o transversalidad favoreciendo siempre a la misma parte. El uso del criterio de la “finalidad tuitiva” ha de ser constante y no entrar en incongruencias como en materia de fracking, donde se optó por el criterio de integración cuando el legislador vasco buscaba proteger el medio ambiente.

2.3. Erosión competencial autonómica

A modo de conclusión, podría decirse que la actual interpretación jurisprudencial mayoritaria de la distribución de competencias en medio ambiente parece basarse más en un criterio de jerarquía que de competencia y, asimismo, conlleva una erosión competencial autonómica significativa. En esta misma línea se han pronunciado distintos magistrados del TC en sendos votos particulares a sentencias dictadas en la última década. Así, ASUA BATARRITA y ORTEGA ÁLVAREZ, respecto a la STC 141/2014, destacan que, al igual que otros pronunciamientos recientes, “si no se corrigen, terminarán redundando en una erosión del sistema de distribución competencial establecido por la Constitución”⁴¹. Posteriormente, se reafirmó la primera magistrada en otro voto particular que existía un “preocupante efecto corrosivo sobre las competencias de ejecución de las

⁴⁰ STC n° 102/1995, de 26 de junio de 1995, Fj. 4.

⁴¹ STC n° 141/2014, de 11 de septiembre de 2014. Voto particular.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

Comunidades Autónomas, cuyo ámbito competencial se va reduciendo progresivamente”⁴². Finalmente, el magistrado XIOL RÍOS argumentaba que el TC comenzaba a optar con la materia del fracking por

“una interpretación de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas que tiende a apoyarse en el principio de jerarquía y a reformular los criterios hasta ahora escrupulosamente basados en el principio de competencia, fundamento capital, según la jurisprudencia antigua del Tribunal, del Estado autonómico”⁴³.

Algunas resoluciones repiten la idea de que el Estado sólo puede establecer mínimos de protección, pero que más allá del respeto a ellos cabe la protección adicional y el desarrollo de esas disposiciones legislativas⁴⁴. Sin embargo, como ha quedado demostrado, la práctica lleva al TC a amminorar competencias autonómicas de forma constante. Nos encontramos entonces ante una recentralización entendida así de forma unánime por la doctrina (que continua hasta las sentencias más recientes^{45,46}). Este grupo incluye tanto a quienes denuncian y argumentan esta situación como a los que, sin negarlo, la justifican debido a una posición más defensiva del TC posterior al Estatut para afianzar las competencias del Estado⁴⁷.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 165/2016, de 6 de octubre de 2016. Voto particular.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 73/2016, de 20 de mayo de 2016. Voto particular.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 100/2020, de 22 de julio de 2020. Fj. 4.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 15/2021, de 28 de enero de 2021.

⁴⁶ VALENCIA MARTÍN, German. “Las acciones públicas autonómicas en la jurisprudencia constitucional (a propósito de la STC 15/2021, sobre la Ley general de protección del medio ambiente del País Vasco)”. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*. 2022. Núm. 52.

⁴⁷ SANTAMARÍA ARINAS, Rene Javier. *Curso básico...*, p. 124.

III. ANÁLISIS DEL CONFLICTO COMPETENCIAL ENTRE LA NORMATIVA ESTATAL Y VASCA DE CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA

El derecho climático puede entenderse como una vertiente relativamente reciente de la ciencia jurídica. Según GALERA RODRIGO, esta nace tras el Convenio Marco de Naciones Unidas de 1992, del cual emanan también el Protocolo de Kioto de 1997 y el más reciente

Acuerdo de París de 2015⁴⁸. ALENZA GARCÍA encuadra al mismo dentro del derecho ambiental, si bien distingue esta rama en tres distintas fases: en la primera, surgida en la década de los 70, se trató de reducir y controlar las formas de polución más peligrosas y evidentes; en la segunda, que comenzó en la segunda parte de la década de los 80 y se extendió hasta hace casi diez años, se maduró lo producido en la anterior etapa con mejores técnicas jurídicas y llevando la regulación a lugares que todavía no se encontraban cubiertos; y, por último, la tercera etapa nace tras el Acuerdo de París como reconocimiento de la imposibilidad del anterior modelo para poder hacer frente a una problemática de la magnitud del cambio climático⁴⁹. Más allá de su encaje exacto, se sabe del derecho del clima que requiere de una gobernanza multinivel, no solo porque sus principales objetivos emanan de acuerdos internacionales que han de ser implementados por instituciones incluso locales, sino porque la eficacia de su cumplimiento depende la participación de todos los agentes guberna-

⁴⁸ Galera Rodrigo, Susana. “Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del gobierno multinivel”. En: *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*. Madrid: Instituto Nacional De Administración Pública, 2018, p. 196.

⁴⁹ ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Una nueva ley para una nueva era (sobre la Ley española de Cambio Climático y Transición Energética)”. *Derecho de la biodiversidad y cambio climático: trama verde, suelos y medio marino*. 2021, p. 2.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

mentales⁵⁰. En este contexto, resulta indispensable determinar el alcance de cada una de las partes conociendo que todas tienen un rol que adquirir para la consecución de los objetivos impuestos, por lo que la delimitación del alcance competencial de distintas administraciones resulta fundamental para proceder de manera correcta a solventar la problemática.

El principal instrumento para la ordenación de la política climática reside en la redacción de normas jurídicas, cuya aprobación o redacción se está dando en tiempos recientes por parte tanto del Estado como de las CCAA. Estas, tanto a nivel interno como externo, han ido adquiriendo, según ALENZA GARCÍA, una serie de características comunes. En primer lugar, suelen establecer objetivos y estrategias de finalidad muy ambiciosa en línea con los acuerdos internacionales alcanzados en la materia. En segundo lugar, las estrategias y objetivos recién mencionadas suelen ser de tipo cuantitativo, por lo general buscando reducir la emisión de gases de efecto invernadero o aumentar la cuota de energías renovables en la producción eléctrica, entre otras, siendo estos jurídicamente exigibles. En tercer lugar, comprende un impacto legislativo polivalente debido a las múltiples materias y sectores a las que suele afectar lo regulado, tanto de la actividad pública como de la privada. Por último, destaca el autor que las normativas internacionales sí que pueden distar considerablemente, al estar unas caracterizadas por el establecimiento de objetivos y la obligatoriedad de la integración climática (como la legislación comunitaria) y otras por la inclusión contenidos relacionados con políticas y acciones a llevar a cabo (como las que se dan dentro del Estado)⁵¹.

Para proceder al análisis de la posible conflictividad entre la legislación estatal y la futura legislación vasca, resulta interesante introducir distintas normas en el derecho comparado externo e interno. A nivel europeo, la

⁵⁰ GALERA RODRIGO, Susana. “Las competencias...” *op. cit.*, pp. 213-214.

⁵¹ ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Una nueva...” *op. cit.*, p. 2.

propia Unión Europea cuenta en su haber normativo el recientemente aprobado reglamento sobre el clima que fija el objetivo de neutralidad climática para mitad de siglo, además de sus objetivos intermedios⁵². Esta misma línea la siguen también la legislación francesa y alemana^{53,54}. Dentro del estado español, existen CCAA que han aprobado ya normativa en esta materia incluso antes que el Estado, incluyendo la pionera Ley 16/2017, de cambio climático de Cataluña⁵⁵. Es precisamente esta legislación interesante para la introducción de nuestro análisis, puesto que el conflicto de constitucionalidad derivado de la misma llevó a una serie de conclusiones a considerar por parte del TC en la STC 87/2019, que procederemos a analizar a continuación.

3.1. Análisis de la jurisprudencia esencial en materia de cambio climático

El carácter reciente de la legislación climática en nuestro estado nos lleva indudablemente al análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 87/2019. Dos meses después de la aprobación de la legislación catalana en materia en cambio climático, la Abogacía del Estado, en representación del presidente del Gobierno, interpuso un recurso de inconstitucionalidad a varios preceptos de este mismo texto. La fundamentación de ellos se redujo últimamente a un conflicto de competencia

⁵² Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) nº 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). Diario Oficial de la Unión Europea nº L 243, de 9 de julio de 2021, p. 1.

⁵³ Ley francesa, de 22 de agosto de 2021, de lucha contra el cambio climático y fortalecimiento de la resiliencia frente a sus efectos.

⁵⁴ Ley alemana de cambio climático, de 12 de diciembre de 2019.

⁵⁵ Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 7426, de 3 de agosto de 2017.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

en el que la parte recurrente entendía que se vulneraban competencias exclusivas del Estado en materia de protección al medio ambiente (art. 149.1.23 de la CE), de bases del régimen energético y minero (art. 149.1.25 de la CE) y de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 de la CE), además de otras materias no tan relevantes para el propósito de este trabajo. Cabe recordar que, en ese momento, la legislación catalana impugnada era el primer texto sobre la materia tras la ratificación del Acuerdo de París por parte de las Cortes, sin tener un antecedente en la legislación estatal⁵⁶.

Es por ello por lo que entre las primeras cuestiones que pretende resolver el TC se encuentra la de encuadrar el cambio climático en los títulos competenciales de la CE y el Estatuto de Autonomía catalán. Si bien acierta aquí el Tribunal en señalar que ninguno de los dos textos incluye referencia literal a políticas sobre el clima (mencionando únicamente que el EA catalán, en su art. 46.2, incluye consideraciones climáticas)⁵⁷, resulta necesario apuntar que obvia dos artículos relevantes: en primer lugar, el artículo 133.1.d), que establece como competencia de la Generalitat el fomento y la gestión de la energía renovable y la eficiencia energética; y, en segundo lugar, los artículos 144.1.h) e i), que otorgan también al mismo órgano competencias en desarrollo de legislación básica y normas adicionales de protección en materia de contaminación atmosférica y en materia de autorización y seguimiento de emisiones de gases de efecto invernadero⁵⁸.

Acto seguido, la resolución entra en materia a discutir lo que las partes argumentaban en relación con los títulos competenciales antes mencionados. De modo muy resumido, las partes y el TC están de acuerdo de

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 87/2019, de 20 de junio de 2019. Fj. 2.

⁵⁷ Ibid. Fj. 4.

⁵⁸ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio coma de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña. Boletín Oficial del Estado. Núm. 172, de 20 de julio de 2006.

que la competencia que da cobertura general a la ley es la de protección al medio ambiente, siendo competencia de la Generalitat su desarrollo y el establecimiento de normas adicionales de protección. Aun así, entiende el TC que no debería afectar a todas las materias sectoriales que se regulan en esta ley, debido a que su afectación medioambiental no puede vaciar el contenido de otras materias sectoriales⁵⁹. Con relación a la competencia en materia de bases y coordinación para la planificación general de la actividad económica, el TC entiende que la intención del legislador catalán es la de transformar absolutamente el sistema económico productivo de la CA hacia una economía descarbonizada sin que existan directrices estatales para ello. Siguiendo esta misma línea de argumentación, entiende también que se busca alterar el modelo energético de la misma, en un objetivo que va más allá de la mera protección al medio ambiente⁶⁰. Por ende, atendiendo esa argumentación, acepta el Tribunal enjuiciar los preceptos impugnados al poder existir un conflicto competencial. Antes de ello, sin embargo, detalla de nuevo que, efectivamente no existe una legislación básica en materia climática y, por ello, cita otras leyes estatales que pudieran tener relación para poder argumentar su posición posterior. Así, incluye para su posterior análisis la Ley 1/2005, sobre el régimen de comercio de derechos de emisión, el Real Decreto Legislativo 1/2016, sobre prevención y control de la contaminación y la Ley 34/2007 de calidad del aire y protección de la atmósfera⁶¹.

Procediendo al enjuiciamiento particular de los preceptos, se declaran inconstitucionales en primer lugar los preceptos relacionados con el establecimiento de un límite máximo de emisiones. La argumentación para dicha decisión se encuentra en que dicha obligación legal, en cuanto

⁵⁹ STC n.º 87/2019, de 20 de junio de 2019. Fj. 4.

⁶⁰ *Ibid.* Fj. 4.

⁶¹ *Ibid.* Fj. 5.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

esta es imperativa, implicaría la transformación del modelo productivo catalán más allá de las directrices establecidas por el Estado, vulnerando entonces su competencia exclusiva recogida en el art. 149.1.13 de la CE. Argumenta, además, que ninguno de los tres textos legislativos básicos del Estado en la materia mencionados en el anterior párrafo permite el establecimiento de un nivel superior de control de las emisiones a las CCAA⁶². Resultan interesantes también el enjuiciamiento realizado a los preceptos relacionados al establecimiento de objetivos vinculantes en materia de eficiencia energética, implementación de energías renovables y la prohibición de centrales nucleares o prácticas como la fractura hidráulica. El TC ampara la planificación por parte de las CCAA, pero sin embargo entiende inconstitucionales el establecimiento de “objetivos concretos, detallados, a término, mensurables y por tanto vinculantes”⁶³. Justifica esta posición a que su obligatoriedad vulnera la potestad estatal de establecer las bases del régimen energético e incluso, debido a la misma argumentación que la recogida en el FJ 8, también vulnera las competencias estatales del art. 149.1.13⁶⁴. Entiende el TC además que el precepto que prohíbe de forma absoluta el fracking es contrario a la legislación básica estatal en materia de hidrocarburos (en la misma línea que anteriores sentencias de este tribunal en la materia), debido a la existencia de legislación estatal que directamente permite la misma⁶⁵.

Entre otras cuestiones enjuiciadas que pueden ser interesantes para el objeto de estudio de este trabajo, el TC declara constitucionales tanto el establecimiento de un “Fondo Climático” para financiar la promoción de las políticas en esta materia y establecimiento de criterios de eficiencia

⁶² *Ibid.* Fj. 8.

⁶³ *Ibid.* Ff. jj. 10 y 11.

⁶⁴ STC n° 87/2019, de 20 de junio de 2019. Fj. 10 y 11.

⁶⁵ *Ibid.* Fj. 10.

energética para viviendas superiores a los del Estado. La primera decisión se justifica en que efectivamente la CA puede ordenar la promoción de políticas activas y la financiación para las mismas dentro de su haber competencial⁶⁶. La segunda encuentra su razonamiento en que, una vez superadas las normativas mínimas estatales en materia de los requisitos indispensables que ha de tener cualquier vivienda, el TC entiende que las CCAA pueden establecer niveles más elevados dentro de sus competencias de desarrollo y protección adicional del medio ambiente⁶⁷. Para finalizar este resumen, cabe destacar también que se han omitido ciertos enjuiciamientos por tener una análoga fundamentación jurídica a otros ya mencionados, por no tener estricta relación con el contenido encontrado en la siguiente subsección y, por último, por ser ajeno a la materia climática (como el debate sobre el destino de los ingresos de las subastas de derecho de emisión, especialmente dada la particular relación financiera entre los Territorios Históricos y el Estado).

Los próximos párrafos buscan tanto discutir como extraer una serie de conclusiones de la resolución que pudieran ser interesantes para el próximo apartado. En primer lugar, cabe destacar que el contexto de enjuiciamiento no es el mismo que en el momento de la resolución y hoy día. Esto se debe a que, debido a la aprobación de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética, existe actualmente una legislación básica estatal en la materia. Sigue esta misma línea el Dictamen 22/2021 del Consejo de Navarra, que establece que, si bien las legislaciones de las CCAA en la materia no pueden contradecir la disposición básica estatal, sí que tienen la potestad de acrecentar el nivel de protección de esta⁶⁸. Esto facilitaría la

⁶⁶ *Ibid.* Fj. 15.

⁶⁷ *Ibid.* Fj. 18.

⁶⁸ CONSEJO DE NAVARRA. *Dictamen 22/2021, sobre el Anteproyecto de Ley Foral de cambio climático y transición energética*. Pamplona, 2021, p. 20.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

constitucionalidad de diversos preceptos o al menos aminoraría la carga argumentativa del TC. Por ejemplo, cuando mencionábamos preceptos que buscaban establecer límites máximos de emisiones dentro de Cataluña, el TC argumentaba entre otras cuestiones su inconstitucionalidad debido a que esto llevaría a una transformación del modelo energético y económico que le compete exclusivamente al Estado en virtud de los artículos 149.1.13 y 149.1.25 de la CE. Sin embargo, la aprobación del marco estatal ya encomienda (si la ratificación del Acuerdo de París no fuera suficiente) a los poderes estatales dicha transformación, tanto en el artículo primero (el objeto de la ley es “descarbonizar la economía española”) y el artículo segundo sección b) (principio rector que busca la “consecución de un modelo socioeconómico sin emisiones”)⁶⁹. No cabe obviar tampoco que, como señala RODRÍGUEZ BEAS, es posible desarrollar la legislación comunitaria por parte de las CCAA si estas ostentan el título competencial en cuestión, ya que el Estado no puede asumir exclusivamente para sí la ejecución del derecho de la UE. De esta forma, Cataluña simplemente estaría rellenando un vacío legal estatal en cumplimiento con el derecho internacional y europeo⁷⁰.

El texto legal también fija una serie de objetivos vinculantes a largo plazo en materia de reducción de gases de efecto invernadero, implementación de energías renovables y eficiencia energética (artículo tercero). Estos, como mencionábamos, no podían establecerse a nivel autonómico según el TC debido a que su carácter vinculante vulneraría las dos

⁶⁹ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética. Boletín Oficial del Estado, núm. 121, sec. 1, pp. 62009-62052.

⁷⁰ RODRÍGUEZ BEAS, Marina. “El conflicto competencial sobre cambio climático entre España y Cataluña: avances y retrocesos a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2019, de 20 de junio, sobre la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático” *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. Julio-septiembre de 2019. Núm. 77, p. 84

competencias del Estado citadas en el anterior párrafo. Por ende, podría entablarse una discusión interesante sobre si cupiera dentro del haber competencial autonómico el establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente que eleven el grado de ambición de estos objetivos. A tenor literal de la CE y siguiendo lo extraído en el anterior apartado sobre la STC 101/2005, es posible argumentar que, una vez la legislación estatal establece los elementos básicos de la dirección que ha de tomar el modelo económico y energético español (una economía descarbonizada nutrida de fuentes exclusivamente renovables para 2050), las CCAA pueden establecer niveles adicionales de protección⁷¹.

Es decir, objetivos vinculantes más ambiciosos no vulnerarían la legislación estatal puesto que la dirección ya se encuentra establecida en ese sentido por esta última, pudiendo entonces la legislación autonómica incrementar los niveles que se deseen obtener. Se ampararía esta potestad en la competencia para establecer normativa adicional en materia medio ambiental, puesto que la ciencia climática establece que, debido al carácter cumulativo de las emisiones de gases de efecto invernadero, cuanto antes se dé la reducción de esta menor será el impacto de este fenómeno⁷². Una interpretación constitucional al contrario simplemente establecería el derecho al desarrollo económico por encima del deber de protección al medio ambiente⁷³. Por ello, la “finalidad tuitiva” (en palabras del propio TC) del texto sería disminuir de forma significativa el impacto negativo de un calentamiento mayor de la temperatura global.

⁷¹ STC n° 101/2005, de 20 de mayo de 2005.

⁷² IPCC. “Climate change 2022. Climate change mitigation. Summary for Policy Makers.” *IPCC Assessment Report Six, Working Group Three*. 2022. p. 20.

⁷³ DE LA VARGA PASTOR, Aitana. “La ley catalana de cambio climático tras la sentencia del Tribunal Constitucional. Estudio de las repercusiones de la sentencia y su evolución legislativa”. *Revista catalana de dret ambiental*. 2020, vol. XI. Núm. 1, p. 44.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

Cierto sería también que, como menciona el legislador, el establecimiento de un objetivo imperativo en materia energética podría vulnerar las competencias estatales principalmente debido a la unidad del mercado eléctrico peninsular y la imposibilidad evidente de que una CA fuerce sus decisiones sobre el conjunto del Estado. Es por ello por lo que resulta interesante que cualquier mención que se haga respecto al establecimiento de objetivos en materia energética exprese de forma muy clara que el objetivo no vincula al sistema eléctrico español. Al contrario, podría encomendar por ejemplo a las administraciones autonómicas a incentivar que un tanto por ciento de la electricidad del territorio se produjese con fuentes renovables. Es fundamental resaltar de esta anterior frase la relevancia de elegir los términos apropiados. Algo similar indica el TC en la STC 87/2019:

“La interpretación compatible con la Constitución [debe ser] deducible de la disposición impugnada, sin que corresponda a este Tribunal la reconstrucción de una norma contra su sentido evidente y, por ende, la creación de una norma nueva para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde”⁷⁴.

Un ejemplo útil en esta línea, a mi juicio, sería la normativa vasca de fracking mencionada anteriormente. Más allá de dictar la prohibición absoluta de la fractura hidráulica en la CA como hace la legislación catalana, el legislador vasco opta por condicionar la actividad caso por caso con relación a su afección medioambiental, algo que según el magistrado VALDES DAL RE encajaría entre las potestades de la Comunidad Autónoma Vasca⁷⁵. En cualquier caso, está claro que el TC entiende que la legis-

⁷⁴ STC n° 87/2019, de 20 de junio de 2019. E.j. 17.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional o STC n° 8/2018, de 25 de enero de 2018. Voto particular.

lación autonómica puede ser de índole programática. Es decir, mientras que no existan objetivos vinculantes, no existe discusión alguna de que las administraciones autonómicas puedan establecer estrategias en esta materia y generen incentivos dentro de sus competencias con el objetivo de alcanzar el fin de estas.

Por último, sería interesante resaltar, como puente entre esta sección y la siguiente, las consideraciones que realiza el Tribunal sobre como los objetivos vinculantes condicionan la actividad económica del territorio en vulneración de la competencia estatal del art. 149.1.13. A juicio de LÓPEZ RAMÓN, en la realización de una serie de comentarios a la Ley de Cambio Climático y Transición Energética estatal, la carencia de un régimen sancionador convierte en este último texto legal en una llamada a la acción a las AAPP que sin embargo no afecta al sector privado⁷⁶. Me gustaría reforzar ese argumento añadiendo que, efectivamente, la única legislación estatal que afecta de forma directa a la imposición de un límite de emisiones de gases de efecto invernadero sobre el sector privado en España es la Ley 1/2005, sobre el comercio de derechos de emisiones⁷⁷. Así, la legislación catalana, igual que la estatal, al no tener efectos sobre las actividades económicas de forma directa, no afecta al título competencial

⁷⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Notas de la Ley de Cambio Climático”. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 19 de julio de 2021. N° 114, Sección “Comentarios legislativos”, p. 8.

⁷⁷ A mi modo de ver, el TC comete un error al dar por sentado como normativa básica estatal en esta materia la Ley 1/2005. El comercio de emisiones es uno de los medios para atajar las emisiones, pero no de por sí un objetivo último para su reducción. No persigue la descarbonización absoluta de la economía, sino la reducción de emisiones de determinadas actividades. Es de por sí un medio para alcanzar el fin, siendo este último la neutralidad climática en 2050 (cosa que debe establecer otra legislación general sobre cambio climático). Además, GERMÁN VALENCIA entiende que las otras dos legislaciones básicas que menciona el TC (el Real Decreto Legislativo 1/2016, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera) tampoco deberían considerarse como básicas debido a que tratan materias relacionadas con la polución en su sentido amplio, y no los gases de efecto invernadero.

estatal del art. 149.1.13. Podría establecer, sin embargo, como ya ha hecho el legislador andaluz, requisitos a personas jurídicas de determinadas actividades económicas e industriales la elaboración de auditorías de emisiones y planes de reducción de estas, estableciendo un régimen sancionador si no se cumplen esas disposiciones⁷⁸.

3.2. Marco legislativo estatal y vasco

a) *Análisis normativo*

Llegamos entonces al análisis de compatibilidad entre la legislación estatal en la materia (la ya introducida Ley de Cambio Climático y Transición Energética) y la futura ley vasca que, pendiente de todos los cambios que pueden darse durante el procedimiento legislativo, toma ya cuerpo en el Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático pendiente para su remisión al Parlamento Vasco el segundo semestre de este año^{79,80}. Comenzando con la primera, su encuadre competencial lo señala su Disposición Final decimotercera, que señala la ley como parte de la legislación básica del estado en protección al medio ambiente, también de bases del régimen energético y minero y, por último, de planificación general de la actividad económica (arts. 149.1.23, 149.1.25 y 149.1.13, respectivamente). Sin embargo, resulta sorprendente que en ningún momento del texto se señale el artículo 45 de la CE que, según

⁷⁸ Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Núm. 199, de 15 de octubre de 2018.

⁷⁹ Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático de fecha 26 de noviembre de 2021. Departamento de desarrollo económico, sostenibilidad y medio ambiente del Gobierno Vasco.

⁸⁰ Gobierno Vasco. “Proyecto de Ley de Transición Energética y Cambio climático”. *Irekia*. URL: <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/proyecto-ley/13-proyecto-de-ley-de-transicion-energetica-y-cambio-climatico/>. Última consulta: 10/05/2022.

ALENZA GARCÍA, es en el precepto de cuidado del medio ambiente donde encuentra mayor cobertura este texto legal⁸¹.

Respecto a su contenido, cuenta con 40 artículos divididos en diez títulos, incluyendo los primeros dos las disposiciones generales, los objetivos y la planificación. Los siguientes títulos (del segundo al cuarto) tratan sobre eficiencia energética y energías renovables, transición energética y combustibles fósiles y la movilidad sin emisiones. Se incluyen, además, un título quinto para la adaptación a los impactos del clima, un sexto para los mecanismos de transición justa, el séptimo para establecer recursos para luchar contra el cambio climático y dos últimos sobre educación e innovación y sobre la gobernanza y participación pública. Por último, incluye 9 disposiciones adicionales, 4 transitorias y 15 finales. Por su lado, el anteproyecto vasco incluye 46 artículos divididos en seis capítulos diferentes: el primero incluye las disposiciones generales del texto; el segundo, la gobernanza sobre la materia con la creación de órganos, menciones a la cooperación y la regulación de la participación pública; el tercero establece los instrumentos de planificación, sus condiciones y contenido; el cuarto, sobre neutralidad climática, incluye dos secciones, siendo la primera sobre transición energética y la segunda sobre otras políticas sectoriales que ayuden a alcanzar la neutralidad climática; el quinto capítulo regula las disposiciones relacionadas con la adaptación al cambio climático; y, por último, el sexto hace referencia instrumentos transversales para afrontar la materia, como la educación, la innovación y otras. Finalmente, el texto incluye de momento 6 disposiciones adicionales, dos finales y una transitoria.

Empezando con la legislación que se encuentra aprobada, procede a continuación realizar unos comentarios respecto a su contenido de forma más detallada. La ley estatal, dentro de las categorías que mencionaba ALEN-

⁸¹ ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Una nueva...”, *op. cit.*, p. 3.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

ZA GARCÍA⁸², se encuentra dentro de un modelo mixto de imposición de objetivos vinculantes y, a su vez, de emplazamiento a la acción mediante un contenido programático. Así, si bien incluye una serie de disposiciones de obligado cumplimiento (la prohibición de exploración y explotación de hidrocarburos del artículo noveno, por ejemplo), el texto se caracteriza por encomendar a las administraciones a la acción. De hecho, según LÓPEZ RAMÓN, incluye una amplia delegación ejecutiva para el desarrollo de la ley, añadiendo incluso una cláusula de barrido al final del texto⁸³. Así, la Disposición Final sexta encomienda al Gobierno la aprobación de “cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación, ejecución y desarrollo de lo establecido en esta ley”⁸⁴, habilitando, en contra de los requisitos formales de la legislación básica establecidos por la jurisprudencia constitucional⁸⁵, un desarrollo que pudiera vaciar el contenido competencial autonómico⁸⁶. Añadiría que la legislación hace alusión a múltiples materias de dudosa titularidad estatal en este grado de detalle, así como la protección a la biodiversidad, la educación, la movilidad sostenible, los montes...

Además, según este mismo autor, existen referencias ínfimas a la cooperación con las CCAA o respecto a sus competencias⁸⁷. Según PRESICCE, el cambio climático es una materia que, debido a su multisectorialidad y su complicado ajuste competencial en un título concreto, precisa de un esfuerzo de coordinación elevado. Haciendo referencia a preceptos que

⁸² ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Una nueva...”, *op. cit.*, p. 3.

⁸³ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Notas de la Ley...”, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁴ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética. Disposición Final sexta.

⁸⁵ STC n° 102/1995, de 26 de junio de 1995. Fj. 8.

⁸⁶ CASADO CASADO, Lucía. *La recentralización de competencias en materia de medio ambiente*. Barcelona: Col·lecció Institut d’Estudis de l’Autogovern, 2018, p. 332.

⁸⁷ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Notas de la Ley...”, *op. cit.*, p. 14.

se incluían en el anteproyecto y que no han cambiado (como el actual artículo 40.5), esta autora critica que las únicas referencias al respecto son ambiguas al no especificar mecanismos de colaboración⁸⁸. Es más, LÓPEZ RAMÓN apunta que el artículo que más directamente alude a esta obligación (el artículo 38, sobre “cooperación interadministrativa en materia de cambio climático y energía”⁸⁹) únicamente obliga a las CCAA a comunicar sus planes a una comisión de coordinación⁹⁰. El texto encuentra otras referencias al rol de las CCAA que, sin embargo, siempre encuentran fórmulas que las relegan a un segundo plano, al ser sólo introducidas para mencionar su “participación” o la necesidad de “previa puesta en común” del plan nacional de adaptación⁹¹. “La norma sigue expresándose en términos de coordinación y cooperación, sin avanzar en la interiorización de un modelo de relación multinivel en clave de gobernanza”⁹².

En cuanto a la legislación vasca, cabe destacar que se ha optado claramente por una redacción programática y para nada imperativa, siendo el único objetivo el de la obtención de la neutralidad climática para 2050, si bien este se entiende de la lectura de la Ley y exposición de motivos puesto que no se encuentra en ningún precepto de forma explícita. De hecho, el texto encuentra múltiples similitudes con la redacción de la

⁸⁸ Presicce, Laura. “Buscando instrumentos de coordinación para la gobernanza climática multinivel en España”. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 2020, n.º. 101, sección “Artículos doctrinales”, p. 18.

⁸⁹ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética. Art. 38.

⁹⁰ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Notas de la Ley...”, *op. cit.*, p. 13.

⁹¹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Notas de la Ley...”, *op. cit.*, p. 13.

⁹² MORA RUIZ, Manuela. “La respuesta legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía al Cambio Climático: Estudio sobre la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía”. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. 2020, vol. XI, n.º 1, pp. 16-17.

Ley 8/2018, de cambio climático y transición energética de Andalucía⁹³. La principal diferencia se encontraría en que esta última incluye un régimen sancionador con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las disposiciones que regulan el Sistema Andaluz de Emisiones Registradas, que obliga a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, determinadas por desarrollo reglamentario a monitorizar sus emisiones y a presentar planes para reducirlas⁹⁴. Recuerda esta obligación a la argumentación del TC expuesta en el anterior apartado que, en el caso catalán, entendía que establecer obligaciones a consumidores y empresas era una vulneración de la competencia estatal recogida en el art. 149.1.13 y, por contrario, no se aprecia esa misma inconstitucionalidad aquí.

Siguiendo con la normativa vasca, esta no incluye objetivos de reducción de emisiones, penetración de energías renovables o de eficiencia energética. Simplemente se hace alusión a los instrumentos de planificación (art. 10 a 14), llamadas a la acción sin una concreción mencionable (arts. 16 y 17) y el establecimiento de plazos para la consecución de las estrategias mencionadas en los artículos 11 y 12 (disposiciones adicionales primera a tercera)⁹⁵. Podría ser que el legislador vasco, entendiendo el precedente de la STC 87/2019, no quiera arriesgar incluir preceptos en ese sentido y delimite el establecimiento de objetivos a estrategias gubernamentales, tanto de las Instituciones Comunes como de los Territorios Históricos o las Administraciones Locales. También puede ser que simplemente exista una voluntad política de no establecer objetivos vinculantes. A mi juicio, y en base a la argumentación proporcionada en

⁹³ Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía.

⁹⁴ Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. Arts. 42 y 43.

⁹⁵ Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático de fecha 26 de noviembre de 2021.

la anterior subsección sobre la posibilidad autonómica de dictar normas de adicional protección ambiental o ejecutar el derecho comunitario, el legislador podría establecer una serie de objetivos de carácter vinculante siempre que eleven la ambición del denominador común estatal.

En esta misma línea ha actuado la comunidad balear que, con su Ley 10/2019, de cambio climático y transición energética, ha establecido objetivos en las tres materias (arts. 12, 14 y 15)⁹⁶. Resulta reseñable la terminología utilizada por el legislador en el artículo duodécimo, que, al establecer los objetivos de reducción de emisiones, establece que son vinculantes para las emisiones difusas (no reguladas en el comercio de derechos de emisión, o la Ley 1/2005 del Estado) e indicativas para las no difusas (las que derivan de actividades incluidas en dicha ley estatal)⁹⁷. Cabe destacar entonces que el legislador vasco podría, siendo cuidadoso con la técnica legislativa que emplee, establecer objetivos propios en estas materias. Existen diversos motivos para favorecer esto. En primer lugar, la estrategia en vigor (el Plan de Transición Energética y Cambio Climático 2021/2024)⁹⁸ no incluye un año base a partir del cual se cuantifica la reducción de emisiones propuestas. Al establecer que el fin es reducir las emisiones en un 30%, no se sabe si se habla de alcanzarlo en base al año 2021 (ardua tarea, en cualquier caso), al año 2005 (fecha de referencia de la mayoría de las estrategias vascas en la materia) o 1990 (fecha de referencia internacional tras el Protocolo de Kioto). Optando por la fórmula

⁹⁶ Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears. Boletín Oficial del Estado. Núm. 89, de 13 de abril de 2019, páginas 38974 a 39031.

⁹⁷ Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears. Art. 12.

⁹⁸ Gobierno Vasco. “Plan de Transición Energética y Cambio Climático 2021-2024”. *Departamento de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente*. URL: https://www.euskadi.eus/contenidos/plan_gubernamental/07_planest_xiileg/es_def/adjuntos/Transicion-Energetica-y-Cambio-Climatico-WEB.pdf. Última consulta: 10/05/2022.

del legislador balear, la redacción de las estrategias podría tener un horizonte definido. En segundo lugar, la introducción de esos objetivos en el cuerpo legal los haría jurídicamente exigibles. En tercer lugar, facilitaría la orientación de la legislación vasca en esta materia a un modelo de objetivos e integración en vez de ser de tipo programático.

Propuestas de *lege ferenda*

En el caso vasco, este cambio de orientación cobra especial relevancia atendiendo al programa legislativo y a la normativa ya en vigor. Así, no tiene demasiado sentido redactar largas disposiciones encomendando a la administración a tomar acciones en materias sectoriales relacionadas cuando el legislador vasco ya los ha trabajado. En concreto, la Ley 4/2019, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca⁹⁹, ya regula múltiples de las materias que también se encuentran en este anteproyecto. Entre otras cuestiones, incluye obligaciones de compra verde pública (art. 17), la elaboración de planes de movilidad sostenible por parte de municipios de más de 5000 habitantes (art. 24), la auditoría de consumo energético de empresas privadas y sus planes de reducción de consumo y transición a energías renovables (art. 30 y 36) o los requisitos de eficiencia energética en edificios de nueva construcción (art. 40). Muy reseñable es también la Ley 10/2021, de Administración Ambiental de Euskadi, principalmente por su inclusión de la distribución competencial interna en materia ambiental (artículo 7), además de establecer preceptos de compra pública verde (art. 84) o la evaluación ambien-

⁹⁹ Ley 4/2019, de 21 de febrero, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca. Boletín Oficial del País Vasco. Núm. 42, de 28 de febrero de 2019.

tal (Título V)^{100,101}. Además de esos textos, se suma la ya aprobada Ley 9/2021, de gestión del patrimonio natural vasco, o el Proyecto de Ley de movilidad sostenible, en tramitación parlamentaria.

A mi juicio, una mejor opción incluiría los siguientes cambios: respecto al primer capítulo, adecuarlo a las alteraciones que vaya a plantear a continuación; en relación con el segundo y tercero, mantener de igual forma todas las disposiciones sobre gobernanza y participación pública (salvo que quisieran tenerse como ejemplo las disposiciones de la legislación navarra sobre presupuestos de carbono e integración de principios climáticos)¹⁰²; en el tercer capítulo, introducir los objetivos de reducción de emisiones, penetración de energías renovables y eficiencia energética, seguido después de los instrumentos de planificación para alcanzarlos (convirtiéndose un capítulo de mitigación del cambio climático); en relación con el cuarto capítulo, plantear su eliminación para evitar duplicidades con otras normativas sectoriales que ya atajan las materias a las que se encomienda a la acción (la movilidad sostenible del art. 18, la gestión del patrimonio natural del art. 23, la ordenación del territorio del art. 25, la edificación del art. 26...); en relación con el quinto capítulo, sobre adaptación, su contenido está correctamente incluido en la legislación, si bien podrían también añadirse objetivos (algo que tampoco hace la legislación estatal) de protección de un tanto por ciento de los lugares vulnerables a impactos climáticos; mantener el capítulo sexto sobre integración de la perspectiva climática. Podrían añadirse, si el legislador quisiera que el tex-

¹⁰⁰ Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de administración ambiental de Euskadi. Boletín Oficial del Estado. Núm. 18, de 21 de enero de 2022, páginas 6323 a 6416. Arts. mencionados.

¹⁰¹ A propósito de esta, son reseñables la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 113/2019, de y Sentencia del Tribunal Constitucional nº 123/2021

¹⁰² Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de cambio climático y transición energética. Boletín Oficial de Navarra. Núm. 66, de 1 de abril de 2022.

to legal tuviese implicación más allá de la Administración Pública, otros dos capítulos que regulasen, de forma análoga a la legislación andaluza, la obligación de realizar planes de reducción de emisiones por parte del sector privado y un régimen sancionador relacionado al cumplimiento de este.

Habiendo señalado esto, y a modo de recapitulación, cabe destacar lo siguiente: que la legislación estatal, que en la materia en cuestión ha de ser básica, contiene demasiadas remisiones al ulterior desarrollo por otras normativas o incluso mediante reglamentos, ambas cuestiones de dudosa constitucionalidad primero por la extralimitación del alcance funcional de sus competencias y segundo por incumplimiento de requisitos formales de la legislación básica; que la legislación vasca parece conservadora y prudente en términos de conflicto con la legislación estatal y que, al contrario, tiene mucho margen de expansión en cuestiones como fijación de objetivos, establecimiento de regímenes sancionadores u otras técnicas discutidas en los anteriores párrafos.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. El medio ambiente encuentra su referencia más abstracta en el artículo 45 de la CE, que alude al deber de guardarlo para satisfacer el derecho a su disfrute en el marco de los principios rectores de la política económica y social en armonía con otros preceptos, como el artículo 40. Así, el texto constitucional no regula el derecho al medio ambiente como derecho subjetivo, cuestión que podría tratarse en otro trabajo de similar índole a este sobre una hipotética reforma constitucional que recoja este, sus características y consecuencias. En un sentido menos abstracto, los artículos 148.1.9 y 149.1.23 guían de forma inicial la distribución competencial en esta materia dentro del Estado.

SEGUNDA. La jurisprudencia constitucional sobre distribución competencial en materia medioambiental ha sido incongruente y recentralizadora. Si bien a lo largo de los años han existido sentencias que han optado por una lectura literal del contenido de la CE y de los EEA, las sentencias más recientes en materia medioambiental siguen una postura que extralimita considerablemente el haber competencial el estatal tanto en su vertiente funcional como material. En cuanto a la vertiente funcional, porque el Estado se reserva para sí un grado de detalle impropio de la legislación básica, en muchas ocasiones incluso incumpliendo los requisitos formales mínimos (la necesidad de que esta tenga rango legal casi siempre). En cuanto a la vertiente material, la elección de las teorías de integración o transversalidad para dirimir caso por caso si lo enjuiciado entraba dentro del medio ambiente o no ha llevado al detrimento constante de las competencias autonómicas. Una mejor aproximación consistiría en que la legislación estatal se limite a establecer un mínimo común denominador mediante disposiciones con rango de ley, además de utilizar con mayor precisión la fórmula de identificación de la “finalidad tuitiva” para poder dirimir si la materia en cuestión se engloba dentro del medio ambiente.

TERCERA. La STC 87/2019 supone la ampliación de esa línea de actuación por parte del TC a la materia del cambio climático. El enjuiciamiento de la novedosa legislación catalana (al amparo de los compromisos adquiridos por España a nivel internacional y en ejecución interna del derecho comunitario) vulnera las competencias autonómicas de establecimiento de normas adicionales de protección al medio ambiente y de desarrollo de la legislación básica. Así, el TC obvia la “finalidad tuitiva” de la norma, de necesidad de ampliar la protección ambiental climática. Además, selecciona inadecuadamente la legislación básica en vigor en el momento de enjuiciamiento de la materia (inexistente realmente hasta el año 2021) y abre la vía para limitar futuros conflictos competenciales mediante la elección apropiada de lenguaje jurídico. En cualquier caso, la

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

reciente aprobación de la normativa estatal básica en la materia despeja cualquier clase de dudas sobre la argumentación del TC, que en gran parte queda obsoleta al establecerse directrices estatales socioeconómicas y energéticas en la línea que ya indicaba la legislación catalana.

CUARTA. La legislación estatal básica en materia de cambio climático se extralimita competencialmente, suponiendo un potencial riesgo para las competencias autonómicas en la materia. Su función debería verse limitada únicamente al establecimiento de unos objetivos estatales en cumplimiento de la normativa comunitaria, fomentando para ello la inclusión de la perspectiva climática en la AP estatal además de instrumentos de planificación propios. Sin embargo, la norma hace referencia constante a futuros desarrollos reglamentarios (incumpliendo los requisitos formales de la legislación básica) que podrían menoscabar el haber competencial autonómico, además de incluir regulación sobre materias exclusivamente autonómicas, como la educación, la protección de la biodiversidad u otras. Por último, el texto abandona la idea cooperar con las CCAA, a las que relega a un segundo plano y menciona exclusivamente para imponerles la entrega de sus estrategias de forma periódica, no para la toma de decisiones conjunta.

Última. La legislación vasca podría aumentar su nivel de ambición en el establecimiento de objetivos vinculantes en materia de reducción de emisiones, fomento de energías renovables y eficiencia energética, siempre y cuando cuide el lenguaje legislativo que emplee. Añadiendo a esto los ya existentes instrumentos de planificación, medidas de gobernanza (presupuestos de carbono, integración de perspectiva climática, fondos climáticos...), de adaptación y otras disposiciones transversales, podría transformar el texto legal de uno programático a otro de establecimiento de objetivos y hoja de ruta. Casaría esta visión mejor con el extenso trabajo del legislador vasco en materias conexas ya aprobadas o en curso de serlo que contienen un mayor grado de precisión.

V. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

5.1. Bibliografía

AJA, Eliseo. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España. Balance y perspectivas”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Septiembre-diciembre 1989. Núm. 4.

ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Una nueva ley para una nueva era (sobre la Ley española de Cambio Climático y Transición Energética)”. *Derecho de la biodiversidad y cambio climático: trama verde, suelos y medio marino*. 2021.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. “Perspectiva actual de las leyes de armonización”. *Ministerio de Administraciones Públicas; Instituto Nacional de Administración Pública; Centro de nuevas estrategias de gobernanza pública*. 2005.

CASADO CASADO, Lucía. *La recentralización de competencias en materia de medio ambiente*. Barcelona: Col·lecció Institut d’Estudis de l’Autogovern, 2018.

CONSEJO DE NAVARRA. *Dictamen 22/2021, sobre el Anteproyecto de Ley Foral de cambio climático y transición energética*. Pamplona, 2021.

DE LA VARGA PASTOR, Aitana. “La ley catalana de cambio climático tras la sentencia del Tribunal Constitucional. Estudio de las repercusiones de la sentencia y su evolución legislativa”. *Revista catalana de dret ambiental*. 2020. VOL. XI. Núm. 1. Pp. 1-47.

GALERA RODRIGO, Susana. “Las competencias en materia de clima: la complejidad jurídica del gobierno multinivel”. En: *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*. Madrid: Instituto Nacional De Administración Pública, 2018. Pp. 195-234.

GALERA RODRIGO, Susana. “La planificación de la UE en materia de clima y energía: la patrimonialización de la competencia como barrera a su adecuada recepción en España”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. 2018. Nº 52, Zaragoza, pp. 264-298.

GOBIERNO VASCO. “Plan de Transición Energética y Cambio Climático 2021-2024”. *Departamento de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente*.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

URL: https://www.euskadi.eus/contenidos/plan_gubernamental/07_planest_xiileg/es_def/adjuntos/Transicion-Energetica-y-Cambio-Climatico-WEB.pdf.
Última consulta: 10/05/2022.

GOBIERNO VASCO. “Proyecto de Ley de Transición Energética y Cambio climático”. *Irekia*. URL: <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/proyecto-ley/13-proyecto-de-ley-de-transicion-energetica-y-cambio-climatico/>. Última consulta: 10/05/2022.

IPCC. “Climate change 2022. Climate change mitigation. Summary for Policy Makers.” *IPCC Assessment Report Six, Working Group Three*. 2022.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonomático”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Septiembre-diciembre 1989. Año 9. Núm. 27.

LÓPEZ GUERRA, Luis. “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas”. Lección 33. En: *Derecho Constitucional. VOL. II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. 11ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 289-303.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Notas de la Ley de Cambio Climático”. *Actualidad Jurídica*. Ambiental. 19 de julio de 2021. Nº 114, Sección “Comentarios legislativos”. ISSN: 1989-5666; NIPO: 832-20-001-3.

MANGAS MARTÍN, Araceli. “La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad”. *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomático*. 2008.

MORA RUIZ, Manuela. “La respuesta legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía al Cambio Climático: Estudio sobre la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía”. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. 2020, vol. XI, nº 1, Pp. 1-44.

MORENO GARCÍA, Javier. “Evolución de la erosión competencial del Estatuto de Gernika en materia de Protección del Medio Ambiente”. En: *La erosión si-*

lenciosa. Primera edición. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 471-515.

PÉREZ TREMP, Pablo. “Principios generales de la organización territorial del Estado”. Lección 32. En: *Derecho Constitucional*, vol. II. *Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. 11ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2018, pp. 263-286.

PRESICCE, Laura. “Buscando instrumentos de coordinación para la gobernanza climática multinivel en España”. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 2020. Nº. 101, Sección “Artículos doctrinales”. ISSN: 1989-5666; NIPO: 832-20-001-3.

RODRÍGUEZ BEAS, Marina. “El conflicto competencial sobre cambio climático entre España y Cataluña: avances y retrocesos a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2019, de 20 de junio, sobre la Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático” *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. Julio-septiembre de 2019. Núm. 77, pp. 60-99.

SALVADOR SANCHO, Amador. “Competencias estatales, autonómicas y locales en las políticas de medio ambiente”. *REALA*. Mayo-diciembre, 1997. Pp. 274-275.

SANTAMARÍA ARINAS, Rene Javier. *Curso básico de derecho ambiental general*. Segunda Edición. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2019.

VALENCIA MARTÍN, German. *Jurisprudencia Ambiental y Medio Ambiente*. Aranzadi, 2017.

VALENCIA MARTÍN, German. “Jurisprudencia constitucional: la ley catalana de cambio climático”. En: *Observatorio de Políticas Ambientales*. Madrid, 2020. Pp. 364-451.

VALENCIA MARTÍN, German. “Las acciones públicas autonómicas en la jurisprudencia constitucional (a propósito de la STC 15/2021, sobre la Ley general de protección del medio ambiente del País Vasco)”. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*. 2022. Núm. 52.

5.2. Legislación

a) *Normativa europea*

Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). Diario Oficial de la Unión Europea n° L 243, de 9 de julio de 2021, p. 1.

Ley alemana de cambio climático, de 12 de diciembre de 2019.

Ley francesa, de 22 de agosto de 2021, de lucha contra el cambio climático y fortalecimiento de la resiliencia frente a sus efectos.

b) *Normativa española*

b.1.) Normativa estatal

Constitución Española de 1978

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Boletín Oficial del Estado. Núm. 306, de 22 de diciembre de 1979.

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña. Boletín Oficial del Estado. Núm. 172, de 20 de julio de 2006.

Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. Boletín Oficial del Estado. Núm. 181, de 29 de julio de 1988.

Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial. Boletín Oficial del Estado. Núm. 131, de 2 de junio de 1995. Páginas 16248 a 16271.

Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad. Boletín Oficial del Estado. Núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. Boletín Oficial del Estado. Núm. 129, de 30 de mayo de 2013, páginas 40691 a 40736.

Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética. Boletín Oficial del Estado, Núm. 121 Sec. 1. Pág. 62009-62052.

Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el plan director de la red de parques nacionales. Boletín Oficial del Estado. Núm. 297, de 13 de diciembre de 1999, páginas 42932 a 42943.

b.2.) Normativa autonómica

Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 268, de 20 de octubre de 1982.

Ley 6/2015, de 30 de junio, de medidas adicionales de protección medioambiental para la extracción de hidrocarburos no convencionales y la fractura hidráulica o «fracking» de Euskadi. Boletín Oficial del País Vasco. Núm. 128, 9 de julio de 2015.

Ley 1/2017, de 9 de marzo, por la que se establecen medidas adicionales de protección de la salud pública y del medio ambiente para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos utilizando la técnica de la fractura hidráulica. Boletín Oficial del Estado. Núm. 111, de 10 de mayo de 2017, páginas 37818 a 37825.

Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 7426, de 3 de agosto de 2017.

Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad. Boletín Oficial de Navarra. Núm. 120, de 22 de junio de 2018.

Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Núm. 199, de 15 de octubre de 2018.

Ley 4/2019, de 21 de febrero, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca. Boletín Oficial del País Vasco. Núm. 42, de 28 de febrero de 2019.

La compleja distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente y cambio climático, con especial referencia al caso vasco

Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears. Boletín Oficial del Estado. Núm. 89, de 13 de abril de 2019, páginas 38974 a 39031.

Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de administración ambiental de Euskadi. Boletín Oficial del Estado. Núm. 18, de 21 de enero de 2022, páginas 6323 a 6416.

Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de cambio climático y transición energética. Boletín Oficial de Navarra. Núm. 66, de 1 de abril de 2022.

Anteproyecto de Ley de Transición Energética y Cambio Climático de fecha 26 de noviembre de 2021. Departamento de desarrollo económico, sostenibilidad y medio ambiente del Gobierno Vasco.

5.3. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 64/1982, de 4 de noviembre de 1982. Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 149/1991, de 4 de julio de 1991.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 102/1995, de 26 de junio de 1995. Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 166/2002, de 18 de septiembre de 2002. Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 101/2005, de 20 de mayo de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 69/2013, de 14 de marzo de 2013. Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 106/2014, de 24 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 141/2014, de 11 de septiembre de 2014. Voto particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 233/2015, de 5 de noviembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 73/2016, de 20 de mayo de 2016. Voto particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 165/2016, de 6 de octubre de 2016. Voto particular.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 54/2017, de 11 de mayo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 8/2018, de 25 de enero de 2018. Voto particular. Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 65/2018, de 7 de junio de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 87/2019, de 20 de junio de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 100/2020, de 22 de julio de 2020. Sentencia del Tribunal Constitucional o STC nº 15/2021, de 28 de enero de 2021.

Fuentes del Derecho, Derecho Interregional Privado y Derecho Sucesorio: propuestas para una reforma del Código Civil¹

FRANCISCO JAVIER OÑATE CUADROS

Notario de San Sebastián

Donostiako Notarioa

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 9/02/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 29/05/2023

Resumen: La realidad, aun cuestionada, incuestionable, de la pluralidad irreversible del derecho civil español, la fosilización del régimen jurídico de muchas de las instituciones contenidas en el Código Civil, el enorme impacto del valor de la jurisprudencia auto atribuido por los propios tribunales, la influencia del derecho internacional y del derecho europeo en el sistema jurídico español han arrinconado al Código Civil o al menos a una gran parte de él, como un islote en medio del océano, habiendo perdido su valor como uno de los pilares básicos, junto con la Constitución, de cualquier ordenamiento jurídico.

“España necesita un nuevo Código Civil.” Con esta rotunda afirmación presenta la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) su Propuesta de Código Civil (PCC) que pretende servir de base para la elaboración de un Código del siglo XXI

¹ En el presente trabajo se utilizará la expresión derecho foral para referirse al derecho civil autonómico, para aligerar la lectura, ser una expresión arraigada en su uso y consagrada en el art. 149.1.8ª CE y carecer en el momento actual de las connotaciones de excepcionalidad que tuvo en el pasado.

que contribuya a la mejora de la seguridad jurídica y de la vida de los ciudadanos. Sin embargo, la PCC no aborda de forma adecuada la necesaria modernización del CC en materias como la regulación de las fuentes del derecho, la vecindad civil y los conflictos de leyes en el derecho interregional privado o el derecho de sucesiones, para las que se ofrece una regulación alternativa.

En el sistema de fuentes del derecho, se corrige la inaudita omisión de la Constitución y del derecho de la Unión Europea y se perfila y concreta el origen y valor complementario de la jurisprudencia. La propuesta más innovadora es el reconocimiento explícito de la libertad civil como fuente principal del Derecho Civil, derecho *del* y no para el ciudadano, que se manifiesta a nivel individual en la autonomía de la voluntad y a nivel colectivo o agregado en la fuerza vinculante de la costumbre.

En materia de vecindad civil y derecho interregional privado, se ofrece una regulación completa de los conflictos de leyes entre los distintos derechos civiles españoles y de la vecindad civil, armonizándose las soluciones internas y externas mediante una considerable ampliación de la autonomía de la voluntad conflictual, la remisión al sistema de derecho internacional privado en su conjunto, con excepciones tasadas y estableciéndose como punto de conexión neutral, a la vez como comodín para evitar resultados extravagantes y como cierre del sistema, la norma que presente vínculos manifiestamente más intensos con el caso.

El principio de libertad civil se aplica también a la regulación de la sucesión mortis causa. Se ofrece una comparación entre los principios reguladores del CC, la PCC y, transcurridos 3 años desde su entrada en vigor, la Ley 5/2015 del derecho civil vasco, ya que ha sustituido la regulación fundamental del CC por otra basada en principios totalmente diferentes.

Palabras clave: Derecho interregional privado; Derecho sucesorio, Reforma del Código Civil

Zuzenbidearen iturriak, Erregioen arteko Zuzenbide Pribatua eta Oinordetza Zuzenbidea: Kode Zibila aldatzeko proposamenak

Laburpena: Espainiako zuzenbide zibilaren aniztasun atzeraezinaren errealitate eztabaidaekin, eztabaidatua izan arren, Kode Zibilean bildutako erakunde askoren araubide juridikoaren fosilizazioak, auzitegiek eurek emandako jurisprudentziari emandako balioaren eragin izugarriak, nazioarteko zuzenbideak eta Europako zuzenbideak Espainiako sistema juridikoan duten eraginak, horrek guztiak Kode Zibila edo, gutxienez, haren zati handi bat, ozeanoaren erdian dagoen uharte bat bezala zokoratu dute, eta galdu egin du haren balioa, Konstituzioarekin batera, edozein ordenamendu juridikoren oinarritzko zutabeetako bat den aldetik.

“Espainiak Kode Zibil berria behar du”. Baieztapen irmo horrekin aurkeztu du Zuzenbide Zibileko Irakasleen Elkarteak (APDC) Kode Zibilaren Proposamena (PCC), XXI. mendeko kode bat egiteko oinarri izan nahi duena, segurtasun juridikoa eta herritarren bizitza hobetzen laguntzeko. Hala ere, PCCk ez dio behar bezala heltzen KZren beharrezko modernizazioari, hainbat arlotan, hala nola zuzenbidearen iturrien erregulazioan, auzotasun zibilean eta erregioen arteko zuzenbide pribatuko legeen gatazketan edo oinordetza-eskubidean. Horretarako, ordezkotako erregulazio bat eskaintzen da.

Zuzenbidearen iturrien sisteman, Konstituzioaren eta Europar Batasuneko zuzenbidearen aipamen eza zuzentzen da, eta jurisprudentziaren jatorria eta balio osagarria zehazten dira. Proposamen berritzaileena askatasun zibila Zuzenbide Zibilaren iturri nagusi gisa esplizituki aitortzea da, herritarraren eskubidea baita eta ez herritarrarentzat. Askatasun hori norbanakoaren mailan borondatearen autonomian ageri da eta maila kolektiboan edo bateratuan, ohituraren indar loteslean agertzen da.

Auzotasun zibilari eta erregioen arteko zuzenbide pribatuari dagokionez, Espainiako zuzenbide zibilaren eta auzotasun zibilaren arteko lege-gatazken arauketa osoa eskaintzen da, eta barruko eta kanpoko irtenbideak harmonizatzen dira, gatazka-konpontzeko borondatearen autonomia nabarmen zabalduz. Era berean, nazioarteko zuzenbide pribatuaren sistema osora jo izan da, salbuespen tasatuekin, eta lotura-puntu neutral gisa, aldi berean emaitza arraroak saihesteko komodin gisa eta sistemaren itxiera gisa, kasuarekin lotura nabarmenki sendoenak dituen araua ezarri.

Askatasun zibilaren printzipioa mortis causa oinordetza arautzeari ere aplikatzen zaio. Konparazio bat eskaintzen da KZren eta PCCren printzipio arautzaileen artean, eta, indarrean sartu zenetik 3 urte igaro ondoren, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko 5/2015 Legearen artean ere; izatez, KZren funtsezko erregulazioaren ordez, printzipio guztiz desberdinetan oinarritutako beste bat ezarri da.

Gako-hitzak: Erregioen arteko zuzenbide pribatua; oinordetza-zuzenbidea, Kode Zibilaren erreforma

Sources of Law, Private Interregional Law and Inheritance Law: proposals for a reform of the Civil Code

Abstract: The reality, still questioned, unquestionable, of the irreversible plurality of Spanish civil law, the fossilization of the legal regime of many of the institutions contained in the Civil Code, the enormous impact of the value of jurisprudence self-attributed by the courts themselves, the influence of international law and European law in the Spanish legal system have cornered the Civil Code or at least a large part of it, like an island in the middle of the ocean, having lost its value as one of the basic pillars, along with the Constitution of any legal system.

“Spain needs a new Civil Code”. With this resounding affirmation, the Association of Civil Law Professors (APDC) presents its Civil Code Proposal (PCC) that aims to serve as the basis for the elaboration of a 21st century Code that contributes to the improvement of legal security and life of the citizen. However, the PCC does not adequately address the necessary modernization of the Civil Code in matters such as the regulation of the sources of law, civil neighborhood and conflicts of laws in private interregional law or inheritance law, for which it offers alternative regulation.

In the system of sources of law, the unprecedented omission of the Constitution and the law of the European Union is corrected, and the origin and complementary value of jurisprudence are outlined and specified. The most innovative proposal is the explicit recognition of civil liberty as the main source of Civil Law, a right of and not for the citizen, which is manifested at the individual level in the

autonomy of the will and at the collective or aggregate level in the binding force of the habit.

In terms of civil neighborhood and private interregional law, a complete regulation of conflicts of laws between the different Spanish civil rights and civil neighborhood is offered, harmonizing internal and external solutions through a considerable expansion of the autonomy of the conflicting will, the referral to the private international law system as a whole, with assessed exceptions and establishing itself as a neutral connection point, at the same time as a wild card to avoid extravagant results and as a closure of the system, the norm that manifestly presents more intense links with the case.

The principle of civil liberty also applies to the regulation of succession *mortis causa*. A comparison is offered between the regulatory principles of the Civil Code, the PCC and, 3 years after its entry into force, Law 5/2015 of Basque civil law, since it has replaced the fundamental regulation of the Civil Code by another based on totally different principles.

Key words: private interregional law; inheritance law, reform of the Civil Code

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EL SIGLO XXI. (2.1.) Concepto y caracteres del Derecho Civil. (2.2.) Pluralidad legislativa del derecho civil español. Situación actual. (2.3.) La Propuesta de Código Civil de la APDC. (2.4.) El principio de libertad civil: Autonomía de la voluntad y derecho consuetudinario. (2.5.) La jurisprudencia. (2.6.) Sistema de fuentes y principio de libertad civil en las legislaciones forales. (2.7.) Sistema de fuentes en el Código Civil y en la Propuesta de CC. 3. DERECHO INTERREGIONAL. LA VECINDAD CIVIL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PERSONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. (3.1.) Regulación del Código Civil y los estatutos de autonomía. (3.2.) Examen especial de la vecindad civil vasca. (3.3.) Derecho interregional y vecindad civil en la PCC. 4. BASES PARA UNA REFORMA DEL DERECHO SUCESORIO. (4.1.) Planteamiento. (4.2.) Principios de la PCC. (4.3.) Principios del derecho sucesorio vasco. 5. CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Aceptando la invitación de los redactores de la PCC a su crítica y mejora por parte de colectivos y colegios profesionales de juristas, que han permanecido al margen de su elaboración, en el presente trabajo se va a hacer una valoración crítica de su regulación de las fuentes del derecho, de la vecindad civil y los conflictos de leyes de derecho interregional privado y de la sucesión mortis causa. Se ofrece una redacción alternativa de los artículos que quedarían afectados y en el caso de la sucesión *mortis causa*, un análisis resumido de la Ley 5/2015, del derecho civil vasco que ha inspirado vagamente la propuesta pero sin llegar a sus últimas consecuencias como, a mi juicio, habría sido deseable.

Para explicar mi contribución personal al debate, me parece oportuno hacer una breve semblanza autobiográfica. Mi formación civilista comienza en los años 80 del pasado siglo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, donde las enseñanzas impartidas por los discípulos destacados del maestro Lacruz Berdejo (señaladamente del profesor Jesús Delgado Echeverría) comprendían tanto el derecho civil común como el foral aragonés. Ganadas las oposiciones, mi formación teórica se ha asentado y completado con una experiencia de casi 30 años de ejercicio de la profesión de Notario que comenzó en un territorio de *frontera*, el Valle de Mena, territorio burgalés físicamente enclavado entre las Encartaciones vizcaínas en las que según villas y pueblos regían el Código Civil o el Fuero de Vizcaya y la Tierra de Ayala alavesa, que atravesaba en mi vehículo conjeturando divertido acerca del derecho aplicable —común, vizcaíno o ayalés— en los distintos caseríos diseminados que iba encontrando en mi periplo por las serpenteantes carreteras que atravesaban los apenas 40 kilómetros que separaban la salida de Amurrio de la AP-68, de Villasana de Mena. Tras mis primeros años de ejercicio en poblaciones sujetas al derecho civil común, mediados los 90 “me doc-

toré” en la práctica del derecho foral aragonés durante mi destino en Barbastro, donde aprendí a captar su esencia profunda, dominarlo y expresar algunas de sus enormes potencialidades. La carrera administrativa me condujo después al País Vasco, de nuevo a territorio de derecho común (primero a Vitoria y luego a San Sebastián), volviendo el Código Civil a ser mi libro de trabajo de cabecera, aunque mis raíces y mi formación jurídica aragonesas influyeron decisivamente en mi forma de aplicarlo.

Instalado cómodamente en la zona de confort, el año 2015 trajo una revolución silenciosa en el derecho privado español, con profundísimas implicaciones en el quehacer diario de los notarios. Vio por fin la luz la tantas veces pospuesta Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, que supuso la mayor reforma de la Ley del Notariado desde su promulgación el 28 de mayo de 1862¹, al punto de más que doblarla en extensión, así como de numerosos artículos del Código Civil y otras leyes. Norma capital que vino acompañada de otras como la 13/2015, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro, 29/2015, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, y 26/2015, de Protección a la infancia y adolescencia, que siguieron la estela de la Ley 14/2014 de Navegación marítima. A la intensa producción del legislador estatal se sumó la del europeo, con la entrada en vigor el 17 de agosto de 2015 del Reglamento UE 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, de Reglamento de Sucesiones) y más que la guinda, el cuerpo del pastel para un notario con ejercicio en Donostia-San Sebastián, las leyes autonómicas 5/2015, del Derecho civil vasco y 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

¹ Que es la ley más antigua en vigor en España.

Cuando en la I Jornada Presencial del Máster de Actualización Jurídica para Notarios, dirigido por la catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla- la Mancha, Carmen González Carrasco se presentó por parte de D. Rodrigo Bercovitz en la Delegación del Colegio Notarial en Toledo el estado de los trabajos de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) en torno a una Propuesta de Código Civil (PCC), pensé en hacer mi trabajo de fin de máster acerca de cómo la nueva normativa vasca podía servir de base para una reforma del sistema sucesorio del CC. Culminados sus trabajos en 2018² me ha parecido más conveniente replantear el enfoque inicial y tras estudiar la PCC en tres aspectos concretos, fuentes del derecho, derecho interregional y bases del derecho de sucesiones, plantear una regulación alternativa, en los dos primeros casos con texto articulado y en el último, comentando los principios del derecho sucesorio vasco y la superioridad de su regulación, a mi juicio, respecto de la PCC.

2. SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EL SIGLO XXI

2.1. Concepto y caracteres del Derecho Civil

La doctrina civilista (por todos, GONZÁLEZ CARRASCO³), pone de manifiesto la dificultad de definir en la actualidad el concepto de derecho civil a partir de los rasgos que tradicionalmente se atribuían: derecho privado general, carácter y objeto de sus normas o de las instituciones comprendidas en su regulación (derecho de familia, sucesiones y patrimonial) y su utilidad relativa, aunque imprescindible, ya que la Constitución

² Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, la versión electrónica completa puede descargarse en http://www.derechocivil.net/esp/pdf/obra_completa.pdf.

³ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “Primer ejercicio de la oposición a cátedra de Derecho civil”, 2018, Universidad de Castilla-La Mancha (inédito).

atribuye competencias exclusivas a las comunidades autónomas *rationae materiae*. Señala CARRASCO PERERA⁴ que “el «Derecho civil» no es una *materia regulable*, ni un conjunto de *instituciones* concebidas en términos absolutos, ni unos derechos (“derechos civiles”) a los que haya que atribuir determinados contenidos. «Derecho civil» es una *técnica* particular de solucionar conflictos y asignar derechos interprivados, por la apropiación de bienes jurídicos. En definitiva, el derecho civil es un sistema de resolución de conflictos entre particulares.

Esta concepción resulta singularmente útil para construir sobre ella una crítica a la actual regulación del Código Civil y de algunos derechos forales, así como también a la PCC. En efecto, si lo definitorio, lo decisivo del derecho civil no es la regulación de las relaciones o derechos de los sujetos jurídicos con y ante los poderes públicos sino entre ellos, parecería lógica la conclusión de que la piedra angular de cualquier sistema de resolución de conflictos *inter privatos* debería ser precisamente la voluntad de dichos sujetos, bien acordada o pactada en el correspondiente contrato, bien impuesta de forma unilateral a los *otros*, con carácter vinculante (sucesión mortis causa), debiendo limitarse la intervención pública a los supuestos verdaderamente imprescindibles, por sus repercusiones frente a terceros o la violación del orden público.

2.2 Pluralidad legislativa del derecho civil español.

Situación actual⁵

Aunque en este trabajo se da por superado el debate acerca de la delimitación competencial en materia civil entre el estado y las comunidades

⁴ CARRASCO PERERA, A.: “*El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*” Madrid, Tecnos, 1988.

⁵ Un denso y completo resumen del estado de la cuestión, que va a ser ampliamente citado en el presente trabajo puede leerse en DELGADO ECHEVERRÍA, J., “*La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas Garantía*”

autónomas, estéril para sus propósitos, resulta inevitable hacer una descripción del carácter plurilegislativo del sistema de derecho civil español. Es conocido que la fragmentación jurídica civil tuvo su origen en los distintos reinos surgidos en la Reconquista, cada uno de los cuales recepcionó de forma diferente el Derecho Romano y experimentó una evolución propia, truncada en cuanto a las fuentes productoras de sus derechos para los Reinos de la Corona de Aragón, por los Decretos de Nueva Planta (1709-1716 que además derogaron el derecho privado del Reino de Valencia).

La tarea codificadora del siglo XIX fracasó en el intento unificador, conseguido sólo respecto de algunas materias (notarial, hipotecaria, registro civil, leyes sobre propiedades especiales). Fue precisamente la “cuestión foral”, con repercusiones de hondo calado político, las que dieron al traste con la codificación civil uniformizadora, de manera que el pleno respeto de los derechos forales, incluyendo su derecho supletorio propio, fue el precio que hubo de pagarse para obtener el tardío fruto del vigente Código Civil.

Así el originario art. 12 CC estableció que

“Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán *por ahora* en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, *escrito o consuetudinario*, por la publicación de este Código, que *regirá tan sólo como*

constitucional de la pluralidad de Derechos civiles.” LA NOTARÍA 2/2018, Monográfico 40º aniversario de la Constitución, Colegio Notarial de Cataluña, accesible en https://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429027958?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DR Revista_La_Notaria.PDF&blobheadervalue2=1288803575006

derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales”.

La norma expresaba el desiderátum de unificar el derecho civil en un Código único, al que se incorporaran los derechos forales mediante los correspondientes Apéndices. Fracasado el propósito al promulgarse únicamente el de Aragón en 1925, tras el Congreso de Derecho Civil celebrado en 1946 en Zaragoza se optó por compilar en textos separados los derechos forales, proceso culminado en 1973 con la promulgación del Fuero Nuevo de Navarra. La nueva situación tuvo reflejo inmediato en la nueva redacción del Título Preliminar del Código Civil (1974), formalmente aún vigente, vivamente expresivo del abandono oficial del objetivo unificador:

Art. 13 CC:

“1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales.”

La Constitución de 1978 supone un drástico cambio desde una organización centralista del estado a otra descentralizada en comunidades autónomas y en materia civil estableció:

Artículo 149, 1, 8º CE:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
(...)

8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”

Según la constante doctrina del TC (señaladamente entre la STC 88/1993, de 12 de marzo, hasta la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña), el precepto representa la garantía constitucional de la foralidad civil. Como señala DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*):

“Es difícil entender que juristas que aceptaban la Constitución como norma jurídica, superior a las demás del ordenamiento, con fuerza de ley inmediatamente aplicable y capacidad para derogar todas las anteriores contrarias, siguieran en los años ochenta y posteriores haciendo valer la ley de bases de 1888 (interpretada, por lo demás, sesgadamente) como criterio con el que medir y reducir el alcance de la Constitución, alegando incluso que tal ley de bases tenía «valor supralegal» o «materialmente constitucional». No eran pocos los juristas que, en los años ochenta, seguían manteniendo en activo su ideal unificador (lo que en sí no es reprochable individualmente, aunque muy inquietante como actitud académica extendida) y se negaban a aceptar que tal unificación había dejado de ser un objetivo, una directriz, en el ordenamiento constitucional; que, técnicamente, la hipotética tarea unificadora no es posible sin cambiar la Constitución, pues esta se constituye, precisamente, en garante (de la conservación) de la foralidad civil. No puede ocultarse que entre los civilistas españoles de finales del siglo pasado y lo que llevamos del presente hay dos discursos enfrentados sobre la codificación civil y la cuestión foral. La Constitución no ha puesto fin a este enfrentamiento (desgraciadamente, apenas hay debate, que sería bienvenido), a esta

presencia de dos relatos con discursos incompatibles que, en el fondo, responden a dos concepciones de España, de su historia y de su futuro. La emergencia acuciante de la «cuestión catalana» no ayuda a una reflexión sosegada. La Constitución no ha puesto fin a la cuestión foral, pero sin duda ha abierto las puertas a un desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales que ha podido sorprender a algunos y, a algunos, ha decepcionado en sus expectativas de un futuro con unidad de códigos, porque hace irreversible la pluralidad de los derechos civiles españoles”.

El propio Delgado, en el artículo citado, clama:

“El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) ha querido celebrar los cuarenta años de Constitución con una gran obra colectiva (...) Entre sus trescientas contribuciones [...] no hay ninguna dedicada a la codificación civil, al artículo 149-1. 8ª. CE, a la pluralidad de Derechos civiles en España. [...] La ausencia, en este contexto, de una referencia específica a la codificación civil y la pluralidad de Derechos civiles (a la «conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales», si se prefiere la literalidad del texto constitucional) parece más bien fruto de la ignorancia, del desconocimiento; pero también del desconcierto que el tema produce en la cabeza de los intelectuales estudiosos de la vida jurídico-política de España, quizás porque el tema no ha sido visto por los gobiernos en estos cuarenta años como cuestión de Estado y no ha tenido presencia tampoco en los programas o declaraciones de los grandes partidos españoles. En el mejor de los casos, se ha visto como si fuera una simple incidencia o consecuencia de la organización territorial”.

Olvidando el debate competencial, a los efectos del presente trabajo, interesa profundizar en el contenido material de la regulación actual de los diversos derechos civiles españoles en algunas cuestiones que suscitan o deberían suscitar el interés de juristas y políticos o, como suelen decir estos últimos “las que realmente importan a los ciudadanos”, superando

esa preocupación doctrinal por el fuero que ha acabado abandonado al huevo. Un metanálisis de los estudios publicados en torno a los derechos civiles autonómicos revelaría sin ninguna duda la preponderancia extrema del estudio de la cuestión competencial frente al de su contenido con la metodología propia del derecho comparado.

DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*) expone con lastimera precisión, su opinión —que es la mía— acerca del sesgo o desdén con que la *academia*, con honrosas excepciones, aborda el estudio comparado de las regulaciones jurídicas ofrecidas por los distintos derechos civiles territoriales:

“[los derechos forales] los conocen solo algunos civilistas, una minoría (muy numerosa), los formados en las universidades de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio que trabajan en ella. Cada uno el suyo. Pero la mayoría, formados en las universidades del resto de España, que son las más, los ignoran. [...] Me parece evidente que los civilistas españoles —más estrictamente, los profesores de Derecho civil de España— formamos parte de una misma comunidad científica, pero en ella el estudio e investigación de los Derechos distintos al del Código civil se ve en demasiadas ocasiones, más que como una legítima especialización voluntaria del investigador, como una opción anómala, acaso una infracción de los tabúes de la tribu. Uno puede especializarse en protección de la infancia, o en seguros, o en responsabilidad civil, y lo que publique será evaluado de acuerdo con su calidad. No ocurre lo mismo si se investiga sobre instituciones de los Derechos forales o especiales”.

Esta carencia ha hecho pasar desapercibido hasta tiempos muy recientes (probablemente de la mano de juristas sin la hipoteca de la nostalgia melancólica de un pasado perdido que en realidad nunca existió) el hecho evidente de que la fragmentación formal del derecho civil autonómico ha venido acompañado no sólo de una modernización en la regulación material de muchas instituciones en el ámbito del derecho sucesorio y familiar, sino también de un significativo proceso de acercamiento y

armonización de sus soluciones entre ellos. Es notoria la *inspiración* de muchas reformas autonómicas en anteriores de otras comunidades autónomas, cuando no han sido tomadas en bloque, dadas las facilidades —no exentas de errores— que ofrece el sistema de copia-pegar⁶.

Una característica muy negativa del actual estado de cosas es la actuación negligente de los órganos centrales del estado, más preocupados en contener el desarrollo expansivo de los derechos forales que de afrontar la imperiosa necesidad de actualizar el derecho civil común con una visión sistemática y de conjunto (cuya ausencia sirve de excusa al legislador autonómico para darle a la manivela legislativa) y regular los conflictos internos de leyes, ante la inevitable eficacia extraterritorial de los derechos civiles autonómicos. O de incorporar a su estructura un sinnúmero de preceptos impropios por su objetivo, contenido y alcance de un Código Civil, obviando cuestiones muy importantes en las reformas que aun parciales, afectan a un gran número de preceptos demostrando el escaso o nulo respeto con que es tratado por un legislador de gatillo fácil⁷.

Otra negativa y obsesiva premisa es la perpetuación de una cierta cerrazón doctrinal en el mantenimiento orgulloso de unas supuestas esencias del derecho común (castellano afrancesado, en realidad pero que no miró la evolución posterior del derecho francés del que bebió), frente al embate de los pujantes derechos civiles autonómicos, orillando la in-

⁶ En las numerosas charlas que he impartido acerca de la nueva Ley Civil Vasca, he comentado que para entenderla bien no hay que acudir al Código Civil, sino al Foral de Aragón, al punto de que habría sido interesante incluirlo como derecho supletorio preferente al Código Civil como sin duda hará, sin decirlo, la jurisprudencia.

⁸ Un ejemplo y crítica en CARRASCO PERERA, A. (2018): “*Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del anteproyecto de ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad.*”. Revista CESCO. UCLM, accesible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf.

dispensable actualización de un derecho que, pese a todo, sigue siendo supletorio de los forales. En pleno siglo XXI, el legislador estatal y la doctrina civilista, con su aplastante mayoría de medios, deberían hacer un esfuerzo que hiciera el derecho civil común tanto o más atractivo y útil que los derechos forales, técnicamente avanzado, inspirado en el principio de libertad civil, consciente de la necesidad de servir a las necesidades de los ciudadanos y de ser un elemento esencial de vertebración y armonización social, cultural y aún nacional, sin descuidar un ápice la importancia de su carácter supletorio. Superar, en definitiva, el relegado y triste papel de un “derecho foral castellano” anquilosado y moribundo “ante el agotamiento (o desenfoque) de las fuentes productoras del derecho” en aquello que no ha sido maltratado por el legislador postmoderno.

¿Cómo podría servir el CC para resolver un problema de interpretación de la revocación de un testamento mancomunado otorgado por ejemplo entre un navarro y un aragonés, un pacto sucesorio o una fiducia cuando el CC prohíbe o restringe seriamente su uso? ¿No sería más lógico establecer una suerte de *bases*, principios o normas materiales de aplicación supletoria en la resolución de conflictos que vayan más allá de la mera, aunque imprescindible, designación de la ley aplicable, inspirándose en la técnica de los reglamentos europeos? ¿No tendría sentido regular estas instituciones en el derecho sucesorio común, cuando todos los legisladores autonómicos lo han hecho? ¿Hubo verdaderamente en España alguna vez una intención decidida de unificar el derecho civil que no pasara por la extensión del nuevo y afrancesado derecho civil castellano a los territorios forales? ¿Cómo es posible en la Unión Europea la tendencia sea la armonización y en España a la atomización y desintegración en sistemas jurídicos formalmente cada vez más separados?

Haciendo un poco de deporte mental en el ejercicio de *law shopping* al que invita DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*), un buen Código Civil español

podría tomar como base del sistema de fuentes la Compilación Navarra, la libertad de testar del Fuero de Ayala, la regulación de la persona y familia del derecho aragonés, el régimen económico matrimonial catalán y el de derecho patrimonial del CC o el CCC, convenientemente *aggiornado* con el *soft law* y los principios del derecho contractual europeo.

Con DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*) concluimos que:

“La existencia de una pluralidad permite comparar y preferir el mejor modelo. Es una de las ventajas de la situación de pluralismo, que deberíamos aprovechar. De hecho, hay regulaciones sobre legítimas, pactos sucesorios, testamentos mancomunados o regímenes matrimoniales que muchos civilistas españoles consideran preferibles a las del Código civil estatal. Y viceversa, claro. Que haya juristas, políticos y opinión pública activa, en diversas partes de España, discutiendo sobre las normas civiles mejores (en algún sentido) debería facilitar una mejora de la calidad de todas las leyes civiles, por la eficaz vía de la copia de los mejores modelos (*Benchmarking*: Tomar a los mejores como referencia; una conducta muy recomendable también en la actividad de legislar)”.

2.3. La Propuesta de Código Civil de la APDC

La PCC constituye el primer intento *privado* de articular una reforma integral del Código Civil. Según su memoria explicativa:

“España necesita un nuevo Código Civil porque, a pesar de las actualizaciones que se han ido introduciendo en el Código, especialmente a partir de la aprobación de nuestra Constitución, el texto vigente adolece de carencias e insuficiencias importantes, que desaconsejan el intento de actualizaciones puntuales. Es preciso un texto redactado de manera coherente y que responda a un mismo impulso de modernización.

La regulación de algunas materias decisivas es inexistente o insuficiente. Baste con señalar, a modo de ejemplo, los derechos de la personalidad,

las personas jurídicas, asociaciones y fundaciones, la representación voluntaria, la caducidad, las técnicas de reproducción asistida, el derecho de propiedad y las acciones de defensa del mismo, los derechos de aprovechamiento parcial, de superficie, de vuelo, los derechos de adquisición preferente, las compraventas y los depósitos especiales, los contratos de servicio, los contratos de financiación, los contratos de distribución.

En algunos ámbitos el Código no responde a las actuales necesidades sociales y económicas, y se aleja de criterios compartidos en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico y cultural. Así, es el momento de terminar con la distinción entre contratos civiles y mercantiles que, si en su día pudo tener alguna justificación de oportunidad, constituye actualmente un falso dilema, que conviene superar mediante una regulación unitaria, cuya parte general, junto con la de los principales contratos típicos, así como los contratos de consumo, quede recogida en su sede natural, que es el Código Civil.

Es el momento de mejorar la regulación del Código sobre prescripción y usucapión, sobre cuasicontratos, sobre responsabilidad extracontractual, sobre tradición, ocupación, sucesiones, sobre régimen económico matrimonial, filiación, patria potestad...

Con esta finalidad es preciso reintegrar al Código materias que se encuentran recogidas en la legislación especial, así como mejorar la actual ordenación sistemática del Código, que presenta desajustes manifiestos en algunas instituciones.

Para tantos y tan profundos cambios el intento de modernizar puntualmente nuestro Código, aprobado hace ya casi ciento treinta años, resulta inadecuado. Aprovechemos pues el momento para relanzar el movimiento codificador mediante un nuevo Código para este siglo XXI; un Código que contribuya a poner remedio a la dispersión legislativa y a la creciente mala técnica que la acompaña; un Código que contribuya por ende a una mejora de la seguridad jurídica y de la vida de los ciudadanos”.

El resultado, como no podría ser de otra manera arroja resultados dispares. Es notable la modernización de su estructura, adoptando la numeración de los artículos por el libro, título y capítulo en que se ubican y sobresale la nueva regulación en materia patrimonial y de obligaciones y contratos, objeto del Libro V, en que «se han aprovechado como antecedentes de carácter nacional la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación (PMOC), publicada en 2009, la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (PCM), publicada en 2015, así como el Anteproyecto de ley derivada de esta última. Se han aprovechado también como antecedentes de carácter europeo, los Principios de Derecho contractual europeo (PECL), el Borrador del Marco Común de Referencia (Draft Common Frame of Reference, DCGR) y el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos»⁸.

Empero, lastrado por la necesidad de obtener un amplio consenso, también es decepcionante la regulación de algunas materias, en las que se centra el presente trabajo. A mi juicio no se ha hecho el esfuerzo suficiente, o al menos no se ha plasmado en el texto final, para dotar al nuevo Título Preliminar del Código Civil de ese *carácter cuasiconstitucional*⁹ que debería reflejar, aun con carácter más descriptivo que normativo, las características constitutivas básicas del sistema jurídico español: Supremacía de la Constitución,

⁸Textos estos últimos que han influido decisivamente en la reciente reforma del derecho de obligaciones y contratos del Code Civil francés (Ordonnance n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016) y la más antigua del BGB alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht* de 26 de noviembre de 2001).

⁹ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “*Un Código Civil para el siglo XXI.*” en *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, número 83 ene/feb 2019 accesible en <http://www.elnotario.es/opinion/9151-uncodigo-civil-para-el-siglo-xxi>; crítica de DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*

vértice de la pirámide normativa; encaje del derecho de la Unión Europea y del carácter esencialmente plurilegislativo del sistema jurídico civil español, evitando los enojosos silencios al respecto. Y en el plano civil, el reconocimiento de la soberanía del ciudadano con el reconocimiento paladino de la libertad civil, la autonomía de la voluntad y la costumbre, fruto de la labor normativa de la comunidad jurídica como fuente del derecho al mismo rango que la ley escrita. Desarrollaremos a continuación estas ideas.

2.4. El principio de libertad civil:

Autonomía de la voluntad y derecho consuetudinario

Si partimos de la idea, tantas veces repetida según la cual el ciudadano no es un mero sujeto pasivo destinatario de las normas que forman el entramado del sistema del Código Civil, sino su soberano porque el derecho civil es *su* derecho, éste debe basarse en el principio de libertad civil, del que se derivarían la presunción del carácter dispositivo de las normas, el carácter restrictivo o estricto al menos de los mandatos y prohibiciones de las normas civiles y el principio de autonomía de la voluntad. Menos obvia pero no por ello menos importante es el reconocimiento del valor de la costumbre como fuente del derecho incluso contra la ley escrita, al menos cuando ésta tenga carácter dispositivo.

El principio de autonomía de la voluntad es, parafraseando la terminología propia de la ciencia económica, el ejercicio a nivel *microjurídico* por los agentes jurídicos (ciudadanos, consumidores, profesionales, empresas y también los poderes públicos cuando actúan en el tráfico civil ordinario) de la libertad civil en la regulación de sus relaciones jurídicas utilizando los instrumentos jurídicos proporcionados por el ordenamiento jurídico. La agregación y decantación de la miríada de acuerdos y decisiones a nivel *macrojurídico* es la costumbre, cuya fuerza de obligar descansa en la *communis opinio* acerca de su carácter vinculante.

Bien mirado, la consideración de la costumbre como fuente del derecho no es sino el reconocimiento por el legislador de que la sociedad es en última instancia, la fuente originaria del Derecho, de todo el Derecho. En términos políticos, sería una manifestación del carácter soberano del pueblo, de la comunidad política y jurídica y de su legitimación para decidir por sí en aquellas cuestiones en las que el contrato social no proporcione o no estime oportuno delegar —o lo estime contraproducente— la formación de reglas y normas para resolver conflictos.

A pesar de que en la actualidad el positivismo formalista es el pensamiento jurídico dominante hasta un límite lindante con una *dictadura legal*, no se pueden negar ni las fatales consecuencias de sus excesos ni olvidar que muchas instituciones jurídicas, muchos avances jurídicos, incluso el nacimiento y desarrollo de ramas completas del derecho, como el civil romano clásico, el mercantil, el *common law*, el derecho civil francés y muchos otros europeos previos a la codificación o el moderno derecho de obligaciones y contratos tuvieron un origen y desarrollo consuetudinario, derecho de carácter vivo, con enorme capacidad de adaptación a una realidad cada vez más cambiante a una velocidad vertiginosa. Como lo es ahora, en plena era de la globalización y de Internet¹⁰.

La eficacia de la costumbre como fuente del derecho tiene que venir necesariamente de la mano de los operadores jurídicos. Es obvio el papel fundamental a este respecto de la jurisprudencia. Pero no menos

¹⁰ El gran polígrafo, notario y político aragonés Joaquín Costa, apodado como el león de Graus bebió la concepción de Savigny acerca de las virtudes del derecho consuetudinario popular, escribiendo obras que aún hoy siguen siendo referencia para los estudiosos del derecho consuetudinario aragonés. Algunas de sus frases han pasado a ser citas clásicas: “A notaría abierta, juzgado cerrado” o la que culmina el epitafio de su tumba: “No legisló”. Su admiración y pasión por el derecho consuetudinario fue perfectamente compatible con su militancia republicana en el régimen de la Restauración, donde llegó a ser diputado en Cortes.

importantes son las funciones preventivas de los litigios que, en muchas ocasiones exigen nuevas soluciones creativas que la ley escrita no puede proporcionar. No otra cosa es el pujante *soft law*, cuyo éxito no radica tanto en su promulgación o recopilación privada o pública (que sin duda facilita su prueba y eficacia en juicio) como en el reconocimiento de su carácter vinculante por parte de sus destinatarios, aunque no se exprese en el contrato. El papel de los abogados y de los notarios se antoja en este punto, crítico, no parece necesario detenernos demasiado en ello, tanto por su papel de creación de soluciones jurídicas como en el de la prevención de conflictos y en los casos en que no sea posible, de dotar a los tribunales de las herramientas necesarias para resolver con acierto los problemas sobre los que tengan que pronunciarse.

Más aún, el auge de la resolución extrajudicial de conflictos, bien sea por la vía del arbitraje, bien por la de la mediación y conciliación ponen a las claras la insuficiencia de la respuesta que el Estado puede ofrecer ante el aumento exponencial del número y complejidad de las relaciones jurídicas en sociedades abiertas, multiculturales, globalizadas y en un constante salto tecnológico. La disrupción no sólo se produce en el desarrollo tecnológico y en su aplicación al derecho (*blockchain, tokens*, inteligencia artificial, etc.); también se produce en las ideas, en las convicciones, en los valores sociales y por supuesto, en el carácter y contenido del Derecho mismo. Lo que la ley es al juez debería ser la costumbre al notario o al abogado... y también al propio juez.

Es tópico afirmar que el principal problema de la costumbre es la fijación de su contenido y su prueba. Pero exactamente lo mismo ocurre cuando el resultado de un litigio se dilucida mediante la aplicación de un derecho extranjero que debe alegarse y probarse, hasta allí no llega el *iura novit curia*. Aparte de las dificultades crecientes de acreditación de la ley verdaderamente vigente en el piélago legislativo en el que nos encontramos. Y de nuevo aquí el papel de los abogados y los notarios se revela fun-

damental. En este punto, interesaría profundizar en el estudio de los mecanismos a través de los cuales la costumbre puede hacerse patente, publica, notoria, conocida y reconocida, en suma. Y el mecanismo más idóneo, conocido desde antiguo no es otro que el contrato o, para ser más precisos, la autonomía de la voluntad. Lo que dice y lo que no dice, porque se da por supuesto. Porque es el comportamiento reiterado de los ciudadanos, de los agentes jurídicos es el que permite a los tribunales apartarse de las soluciones del Código Civil en materias en que ha quedado claramente desfasado, sin merma de la seguridad jurídica. Una jurisprudencia basada en la costumbre es más predecible y aporta mayor seguridad jurídica que otra *creativa*, aspecto del que nos ocuparemos más adelante.

Esto nos conduce a la necesidad de reconocer también el papel de la autonomía de la voluntad como fuente primaria del derecho, contrapunto de la costumbre, caras ambas de la misma moneda que es la libertad civil. Se ha escrito y hemos reproducido aquí la idea que subyace y sirve de nexo de unión entre las diversas partes del presente trabajo: Para el derecho civil el ciudadano es el soberano. Sin embargo, tales afirmaciones no encuentran el reconocimiento rotundo que merecerían en nuestro Código Civil, que sólo parece reconocer la libertad civil como a regañadientes en artículos dispersos a lo largo del articulado y con diferente grado de contundencia: arts. 650, 1255, 1315, 1323, 1355, etc. Lo más parecido a su reconocimiento paladino es la afirmación del artículo 1091 al señalar que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes.

No negaremos que encuentra acomodo, en el artículo 6.2 al señalar que “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”. Pero lo hace de forma vergonzante, como pidiendo perdón, como excepción a un sistema normativo positivo cuya prevalencia es preciso remarcar a la menor oportunidad. Palidece este magro reconocimiento frente a la presunción del carácter dispositivo de

las normas del derecho catalán y el resto de los forales, a la consideración del principio de libertad civil como fuente del derecho y a las recias afirmaciones de gran raigambre histórica de los derechos aragonés y navarro con sus “*standum est chartae*” que la retranca popular aragonesa tradujo al lenguaje vulgar como “hablen cartas y callen barbas” y el “*paramiento fuero vience*” o “*paramiento ley vience*”, que desde siempre han cautivado a los estudiosos y curiosos del derecho *inter privatos*.

En definitiva, si entendemos el derecho civil, como una técnica, un instrumento privado de prevención y resolución de conflictos mediante técnicas de autocomposición en la que la autonomía de la voluntad, instrumentada en el contrato y en el negocio mortis causa como máxima expresión, lo lógico sería que tuviese su adecuado reflejo en lugar destacado del cuerpo legal que pretende ser uno de los pilares básicos en los que se debe asentarse el ordenamiento jurídico. Tampoco se deberían desdeñar las consecuencias no sólo jurídico-económicas, sino también políticas que se derivarían de este reconocimiento. El ciudadano no sólo ejerce sus derechos cuando vota, también los ejerce y con mucha más asiduidad e intensidad en su repercusión e influencia en su círculo vital, personal, familiar y social más próximos cuando testa, compra, vende, arrienda, adopta, se casa —o no—, tiene un hijo, etc.

Y a nivel agregado, la actuación dispersa pero constante de miles, de millones de agentes jurídicos, portadores de información insustituible acerca de sus propias circunstancias, de sus problemas, de sus motivaciones, de sus incentivos, permiten afirmar la superioridad en términos de eficiencia económica y jurídica de las soluciones basadas en acuerdos voluntarios entre personas que muchas veces no se conocen, que en las soluciones impuestas por el poder público. En este sentido, HAYEK, F.¹¹ considera el Derecho como algo superior y precedente a la legislación,

¹¹ HAYEK, F. “*Derecho, legislación y libertad*” (Unión Editorial, 2ª ed. Español, 2014).

como una institución espontánea que nadie ha creado de forma deliberada, mientras que la legislación sería una institución artificial, reflejo limitado, parcial e imperfecto de aquel. Para quienes tenemos una visión del ordenamiento jurídico que va mucho más allá del “ultrapositivismo” que nos asola por el abuso del instrumento legislativo y el expansionismo incontrolable del derecho administrativo en todos los órdenes, con merma flagrante de la libertad, sería un consuelo encontrar en el derecho civil, siquiera en estado embrionario pero totipotencial, la esencia de la dignidad y libertad del ser humano, en su fundamento y en su desenvolvimiento en la sociedad de la que necesariamente, forma parte.

Esto no obsta, como es obvio, a la necesidad de que los poderes públicos actúen para corregir problemas de asimetrías de información, sancionar conductas contrarias a la buena fe o que impliquen abuso de derecho o de posición dominante y, en general, los comportamientos antijurídicos y los incumplimientos de los agentes jurídicos. El Derecho civil debe trazar las reglas del juego en las que puede desenvolverse lícitamente la autonomía de la voluntad. Pero esta intervención pública, desde la perspectiva civilista, debería abordarse desde el principio de subsidiariedad, de manera que no constituyera la forma habitual y con el tiempo, la única de solucionar los problemas, sino una forma de coadyuvar y equilibrar los intereses en juego en aquellos casos en que el mercado jurídico no pueda hacerlo de forma correcta, justa y eficiente por sí mismo. Es desolador que un tercio de las nuevas normas promulgadas se dedique al régimen sancionador y a dotar a las administraciones públicas de exorbitantes competencias, sin reparar en el quebranto de los derechos personales que, este sí, queda indemne salvo en casos flagrantes.

Una institución, no suficientemente estudiada en su aportación a la eficiencia jurídico-económica del sistema es el Notariado. El control preventivo de legalidad, de carácter generalmente voluntario, recae en profesionales oficiales que actúan de forma independiente, bajo su res-

ponsabilidad personal y en régimen de competencia pero sujetos a un fuerte régimen legal y disciplinario. Este modelo organizativo podría replicarse para otros sistemas de control, tales como auditores o de asesoría institucional (mediación, arbitraje de consumo, etc.). Esta organización institucional permite un equilibrio adecuado entre autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, eficiencia económica y, por supuesto, eficiencia jurídica como creador del Derecho, aportando soluciones ingeniosas en beneficio de los ciudadanos superando las trabas o insuficiencias cualitativas de la normativa legal.

La creación notarial del Derecho que parecía de capa caída, parece volver al primer plano que tuvo en otras épocas doradas. Al Notariado se debe la creación en España de las sociedades limitadas, de la propiedad horizontal, el derecho de superficie o en tiempos mucho más remotos, la letra de cambio. Es constante su aportación en la creación o la introducción en el mercado jurídico de soluciones a problemas concretos que luego han superado con nota el examen de la jurisprudencia cuando han sido sometidos a contraste. El Notariado sigue siendo en gran medida una institución por descubrir, con una potencialidad ilimitada gracias a una conformación institucional que aúna elementos públicos y privados que permiten conjugar la autonomía de la voluntad con la protección del débil y del tercero y el adecuado control preventivo de actividades fraudulentas a gran escala, como el blanqueo de capitales o la elusión fiscal. Este papel creador del derecho vivido y a la vez purgador de abusos, controlador de legalidad y de fijación de hechos jurídicos ciertos han sido muy potenciados con las reformas de la *r(e)volución* jurídica operada en 2015.

2.5. La jurisprudencia

Un asunto de permanente actualidad, por desgracia, lo constituye el papel no ya jurídico sino mediático de la jurisprudencia como creadora

de Derecho. El fenómeno, tal y como yo veo, trasciende al tratamiento de las sentencias que por diversas razones adquieren notoriedad mediática —que afecta sobre todo a las de carácter penal— y alcanza al papel de los tribunales como creadores de derechos subjetivos en sentencias llamadas a su aplicación universal, más por efecto de imitación o simpatía que por reflejar una opinión jurídica debidamente meditada y formada, más allá de los intereses en juego en el caso concreto.

Señala CARRASCO GONZÁLEZ¹² (*op. cit.*) siguiendo a PASQUAU LIAÑO que

“En un primer momento, la función de los tribunales es interpretativa e integradora del ordenamiento jurídico. El Tribunal Supremo tuvo que fijar en esta época doctrinas sobre reglas codificadas, las cuales no podían ser correctamente interpretadas sin el auxilio de la doctrina jurisprudencial. En una segunda fase, la jurisprudencia abandona su labor meramente interpretativa y mediante la relectura del Código procede a una aplicación extensiva de las normas codificadas y a crear construcciones judiciales extra y contra legem; asume una función creadora, que provoca reacciones adversas por parte de la doctrina. En una tercera fase, a la que hoy asistimos, los jueces inferiores, alegando su condición de “jueces comunitarios”, ya no reconocen el carácter vinculante de las sentencias de su Tribunal Supremo en la interpretación del Derecho, y no se dirigen a él en busca de respuesta nomofiláctica, sino a otras instituciones supranacionales que desde hace unos años, vienen enmendando la plana al Tribunal Supremo”.

La sustitución de la labor del TS por el TJUE se ha producido mediante la utilización por parte de los tribunales inferiores (e incluso por parte del propio TS) de la cuestión prejudicial solicitando el juzgador un pronunciamiento acerca de la adecuación de la normativa española al derecho de la Unión, siendo particularmente intensas las resoluciones en aspectos del derecho del consumo que la normativa española no había

¹² Seguimos su primer ejercicio de acceso a cátedra antes citado.

traspuesto con la claridad y precisión deseables. Pero no siempre su doctrina ha tenido efectos beneficiosos, pues ha removido los cimientos del contrato de hipoteca y las especialidades procedimentales de la sumariada en su ejecución, con consecuencias imprevisibles en el medio plazo para el crédito inmobiliario.¹³

La distinción entre la labor de interpretación y aplicación de las leyes —función de complemento del ordenamiento jurídico encomendada a la jurisprudencia expresamente por el art. 1.6 CC— y el papel de fuente del ordenamiento jurídico, creadora de Derecho, se ha difuminado por completo porque:

- a) Hay normas legales que recogen principios generales del derecho que otorgan un amplísimo margen de arbitrio a las decisiones del juzgador (prohibición del abuso del Derecho y del fraude de ley, actuación de buena fe, ponderación de la equidad en la aplicación de las normas, etc.).
- b) Por otro lado, existe otro tipo de normas, denominadas “reglas de Derecho flexible”, que permiten una cierta función “creadora” del Derecho por el juez que interpreta y aplica la norma al caso concreto sin incurrir en “arbitrariedad” judicial —en sentido peyorativo— cuando su aplicación es homogénea en supuestos sustancialmente iguales
- c) Tampoco podría hablarse de creación judicial del derecho cuando el tribunal decide aplicar una norma en desuso.

¹³ El legislador se ha sumado a la fiesta populista con acuerdos parlamentarios poco meditados en la nueva LCCI, cuya implementación va a producir innumerables quebraderos de cabeza, aparte de un encarecimiento de las condiciones de crédito que ya se está observando en los nuevos préstamos hipotecarios, que interiorizan las nuevas obligaciones impuestas ex lege a las entidades prestamistas.

En consecuencia, la línea que separa la interpretación y aplicación de las leyes y la creación judicial del Derecho es casi imposible delimitarla a priori con precisión. Sin embargo, es más sencillo analizar a posteriori en qué lado estamos, por cuanto la consecuencia de la transgresión es la merma de la seguridad jurídica, que es un principio constitucionalmente reconocido. Su vulneración radicaría no tanto en la existencia de normas “abiertas” o directamente “malas” como en la ausencia del necesario control de la actividad desarrollada por los jueces.

Para traspasar la línea y convertir la jurisprudencia en verdadera fuente del derecho, el Tribunal Supremo ha utilizado varias autohabilitaciones:

- a) Crear un principio que posteriormente utilizará para corregir o derogar de facto un precepto codificado: Doctrinas del abuso de derecho (creada 30 años antes de su codificación en el art. 7 CC), las cláusulas *rebus sic stantibus*, de los actos propios, contraria a la buena fe, la restricción de la nulidad por motivos formales, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, la cláusula resolutoria en los contratos de compraventa inmobiliaria, la presunción del carácter penal de las arras, etc.
- b) Quebrar la regla general apreciando una laguna inexistente o impropia, ya que el supuesto caía bajo la regla general, creando una construcción nueva. Se manifiesta en el uso abusivo de la interpretación correctora para adecuarla a la realidad social, desplazando la norma codificada o atribuyéndole un significado totalmente ajeno al tenor de la norma.
- c) En otras ocasiones la labor es facilitada por el propio legislador al apelar al juez a que resuelva atendiendo a conceptos jurídicos genéricos e indeterminados elevados a la categoría de principios generales del derecho informadores del Ordenamiento jurídico: Interés del menor, la *lex artis* profesional, etc.

El efecto se multiplica cuando la marea se convierte en diarreica legislativa merced a la inevitable generalizada pérdida de valor técnico de las leyes y de su acusada falta de coordinación. También el legislador incentiva la creación judicial del Derecho cuando tolera, espera o se conforma con el régimen que la jurisprudencia ha asignado a determinadas instituciones (por ejemplo, con las uniones de hecho), o cuando no interviene para adecuar las insuficiencias u obsolescencias de un texto legal.

d) Ante un caso relacionado con una materia sobre la que ya ha resuelto, el Tribunal Supremo no volverá a la norma codificada, sino que tomará como punto de referencia la doctrina sentada en su propio precedente que, para evitar crear inseguridad jurídica, será automáticamente transpuesta en la decisión sobre la nueva controversia, con la pérdida de matices y el consecuente empobrecimiento a ello asociado.

e) La plasmación normativa de las superestructuras de derecho judicial. A veces, esta traducción legislativa de la norma jurisprudencial se ha hecho de forma pacata, provocando una inercia de la jurisprudencia anterior que se hace resistente al cambio legislativo.

En definitiva¹⁴,

“El juez habría de integrar el supuesto de hecho dentro de la norma como si desconociera por completo cuál es la consecuencia jurídica prevista por ella. Sin embargo, el sometimiento del juez a la ley tiene en nuestro ordenamiento una dimensión meramente formal, especialmente en el ámbito del derecho privado. El juez no sólo conoce y tiene en cuenta la consecuencia jurídica que se deriva de la calificación del supuesto, sino que, por regla general, es esa consecuencia la que condiciona

¹⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*

la calificación. Se invierte así el orden lógico de la operación técnica dirigida a la aplicación de la norma, de manera que es el resultado, la consecuencia jurídica, lo que predetermina el discurso de la operación calificatoria. La decisión judicial se adopta antes de construir el modo de obtención del resultado y, tomada la decisión, es indiferente que se llegue a la misma creando una laguna oculta o inventando una regla de justicia (enriquecimiento injusto, cláusula *rebus sic stantibus*, etc.), que se deje de aplicar alguna norma, o que se elija –entre los varios disponibles– el precepto que tiene una conexión más remota con la controversia (p. ej., calificar de incumplimiento lo que es un vicio redhibitorio), o el que no tiene ninguna (p. ej., aplicar normas de responsabilidad contractual cuando ya ha prescrito la acción de responsabilidad extracontractual, o calificar como daño moral un daño patrimonial para eximir de la carga de la prueba, etc.). O bien, para fundamentar una decisión que se estima justa, se inventa una nueva “relectura” de un precepto. Más o menos encubierta, es siempre la justicia del caso, la justificación de la decisión por sus consecuencias, con la consiguiente pérdida de racionalidad del sistema”.

2.6. Sistema de fuentes y principio de libertad civil en las legislaciones forales

Siendo el valor de la jurisprudencia en los derechos forales el mismo que en el Código Civil, si bien de aplicación preferente al derecho supletorio y con reserva del recurso de casación foral al correspondiente TSJ, nos centraremos en la consideración del principio de libertad civil y en el papel de la costumbre en los sistemas de fuentes de los distintos ordenamientos autonómicos:

- **Navarra** (Compilación o Fuero Nuevo, FN):

“Ley 7 “Paramiento”

Conforme al principio «paramiento fuero vienze» o «paramiento ley vienze», la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre

cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad.

Se entienden comprendidos en el límite del orden público, entre otros, la efectividad de los derechos humanos, el fundamento de las instituciones jurídicas y la tutela de los valores inherentes al sistema democrático y social constitucionalmente consagrado.”

Ley 8 Libertad civil

En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas.

Ley 9 Renuncia de derechos

La renuncia de derechos es válida, salvo que atente al orden público o se haga en fraude de ley.”

- **Aragón** (Código de Derecho Foral de Aragón, CDFR):

“Artículo 3 «Standum est chartae»

Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.”

- **Cataluña** (Código Civil de Cataluña, CCC):

“Artículo 111-6. Libertad civil

Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su im-

peratividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos.”

- **País Vasco** (Ley del derecho civil vasco, LDCV)

“Artículo 4. *El principio de libertad civil*

De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero”.

No hay mención alguna al principio de libertad civil en las legislaciones de Galicia y Baleares.

En lo relativo al reconocimiento del valor jurídico de la costumbre hay un común denominador en los derechos forales: La aplicación preferente de la costumbre foral a la ley común. Su objeto era evitar la imposición de soluciones importadas para resolver las lagunas legales —por otra parte facilitadas por la imposición de una regulación fragmentaria y asistemática— extrañas a la lógica y coherencia propias del derecho foral. Soluciones conocidas, de sencilla aplicación por los jueces, desconocedores en su mayor parte del contenido, por lo demás brumoso, del derecho foral consuetudinario.

Garantizada por la Constitución la foralidad civil, ejercida la competencia de desarrollo por los legisladores autonómicos y sentada su aplicación preferente al derecho común en las materias en que éste no sea directamente aplicable, su valor en cada uno de ellos es dispar.

En Navarra la costumbre es siempre preferente a la ley, aunque sea imperativa:

- **NAVARRA** (Compilación o Fuero Nuevo, FN)

“Ley 2 Prelación de Fuentes

En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente:

- 1) La costumbre.
- 2) Las leyes de la presente Compilación.
- 3) Los principios generales del Derecho navarro.
- 4) El Derecho supletorio.

Ley 3 Costumbre

La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales.”

Esta prevalencia sirvió de excusa a algunos civilistas navarros para defender la no aplicación en Navarra de las normas constitucionales que no se ajustaban a su peculiar consideración de la costumbre foral, como la igualdad jurídica de los hijos no matrimoniales. Motivo por el que en Aragón, donde la costumbre sólo rige contra ley dispositiva, el legislador ha hecho la innecesaria salvedad de que la Constitución rige en todo caso con preferencia a la costumbre:

- **ARAGÓN** (Código del derecho foral de Aragón, CDFA)

“Artículo 1 Fuentes jurídicas

1. Las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico.

2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

Artículo 2 De la costumbre

1. La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.
2. Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes”.

Las legislaciones vasca y balear no establecen de forma explícita una preferencia de la ley escrita sobre la costumbre, de modo que la enumeración conjunta en el sistema de fuentes permite reconocer el valor jurídico de la costumbre cuando sea contraria a una ley dispositiva:

- **PAÍS VASCO** (Ley del derecho civil vasco, LDCV)

“Artículo 1. Fuentes jurídicas

1. Constituyen el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran.
2. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada”.

- **BALEARES** (Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, CB)

“Artículo 1

1. El Derecho civil de las Illes Balears se integra por los derechos civiles históricos de las islas de Mallorca, de Menorca y de Eivissa y Formentera, de acuerdo con la tradicional división por libros

de esta Compilación; por las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, en el marco de las competencias estatutarias; por la costumbre y por los principios generales de derecho civil propio.

2. Las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son: la Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, la costumbre y los principios generales del derecho civil propio”.

En Cataluña y Galicia la costumbre sólo rige en defecto de ley escrita:

- **CATALUÑA** (Código Civil de Cataluña, CCC):

“Artículo 111-1. *Derecho civil de Cataluña*

1. El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio.
2. La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable.”

- **GALICIA** (Ley del derecho civil de Galicia, LDCG)

“Artículo 1

1. Las fuentes del derecho civil de Galicia son la ley, la costumbre y los principios generales que integran e informan el ordenamiento jurídico gallego.
2. La costumbre regirá en defecto de ley gallega aplicable.
3. En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.

Artículo 2

1. Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia”.

2.7. Sistema de fuentes en el Código Civil y en la Propuesta de CC

El sistema de fuentes tiene en la actualidad la siguiente regulación en el Código Civil:

“Artículo 1

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.
3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

La PCC propone la redacción siguiente:

“Artículo 11-1. Fuentes del Derecho

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecen de validez las disposiciones que contradicen otra de rango superior.
3. La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no son meramente interpretativos de una declaración de voluntad tienen la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplican en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no son de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.
6. La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado o en sentencias de pleno, establece

el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

La Propuesta no aporta más novedad que el reconocimiento del valor jurisprudencial de las sentencias de pleno del Tribunal Supremo¹⁵. De acuerdo con lo expuesto *supra*, la redacción me parece insuficiente y, pese a la advertencia del carácter continuista o conservador de la Propuesta, creo que se pierde una magnífica ocasión para poner al día su contenido. Es conveniente actualizar la enumeración del sistema de fuentes, concretar el principio de jerarquía normativa dando entrada a la supremacía de la Constitución y la primacía del derecho de la Unión Europea, distinguir los distintos tipos de leyes y los reglamentos y, en la línea expuesta a lo largo del presente trabajo, incluir el principio de libertad civil y definir con mayor precisión el valor y alcance de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. En este sentido, el precepto quedaría redactado del siguiente modo:

“Artículo 11-1. Fuentes del ordenamiento jurídico español

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Constitución; el derecho de la Unión Europea; los tratados internacionales; los estatutos de autonomía; las leyes orgánicas; las demás leyes, estatales y autonómicas; los reglamentos; el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho.

En virtud del principio de jerarquía normativa, carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

¹⁵ Más allá del llamativo abandono de los modos verbales subjuntivo o el tiempo indicativo en futuro en favor del presente de indicativo.

En virtud del principio de primacía, las normas del derecho de la Unión Europea, así como las resoluciones con eficacia general vinculante de su Tribunal de Justicia desplazarán a las de orden interno que, en todo caso, se aplicarán de conformidad el derecho de la Unión.

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

2. El derecho consuetudinario se integra por la costumbre y los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad y tendrá fuerza de obligar cuando no sea contrario a la Constitución, al derecho de la Unión Europea o a las leyes imperativas.

Los tribunales y los demás poderes públicos aplicarán la costumbre de oficio. Cuando no sea notoria, apreciarán su existencia en virtud de su propio conocimiento, de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los interesados.

3. Los principios generales del derecho se aplican en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Son principios informadores del Derecho civil:

- a) La dignidad e inviolabilidad de la persona humana.
- b) La libertad civil, según el cual las normas se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados es válida en tanto no contraríe preceptos imperativos ni perjudique ilícitamente a tercero.

- c) La autonomía de la voluntad, según el cual, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a normas imperativas o a los principios constitucionales.
 - d) Los principios de subsidiariedad y de seguridad jurídica.
 - e) El ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe y la interdicción del abuso de derecho y del fraude de ley o costumbre.
4. La jurisprudencia complementa, interpreta e integra el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado o en sentencia de pleno, establezcan en el ámbito de sus respectivas competencias el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, así como los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales en aquellas materias en que tengan legalmente reconocida la competencia para conocer de los recursos de casación o de última instancia, al interpretar y aplicar las fuentes del ordenamiento jurídico español.
5. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose en todo caso al sistema de fuentes establecido”.

La regulación que propongo explícita y desarrolla el principio de jerarquía normativa, equipara la ley escrita y consuetudinaria, cuando ésta no sea contraria a normas o principios constitucionales o legales de carácter imperativo, reconoce la vigencia del principio de libertad civil y trata de acotar el ejercicio de la función judicial mediante un sutil cambio en la redacción propuesta, pues se pasa del “resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido” al “resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose en todo caso al sistema de fuentes establecido”.

3. DERECHO INTERREGIONAL. LA VECINDAD CIVIL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PERSONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

3.1. Regulación del Código Civil y los estatutos de autonomía

La vecindad civil es un estado civil que determina la sujeción a uno de los derechos civiles españoles en aquellas materias regidas por el estatuto personal, siempre que no sean de aplicación normas de DIP o de la UE que establezcan un punto de conexión diferente, bien con carácter general, bien en determinadas circunstancias, por ejemplo, por concurrir un elemento de extranjería.

La regulación del Código Civil actual en lo que aquí interesa es la siguiente:

“Artículo 9

1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

[...]

8. 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 supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes [...]”.

“Artículo 14

1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.
2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.

3. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.

En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.
5. La vecindad civil se adquiere:
 - 1º. Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.
 - 2º. Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

Artículo 16

1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1°. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2°. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.”

La utilización de la vecindad civil¹⁶ como punto de conexión es, en general, satisfactorio, pues suele coincidir con el centro principal de los intereses de la persona¹⁷. Las críticas a su mantenimiento provienen sobre todo de Cataluña y Baleares, territorios que tradicionalmente han recibido población inmigrante y cuyos juristas son partidarios de su sustitución por la residencia habitual. Sin embargo en Aragón, territorio que sufrió mucha emigración en el pasado, fundamentalmente hacia Cataluña, hay una unánime defensa del mantenimiento de la vecindad civil, hasta el punto de que con reiteración, las Cortes de Aragón presentan en cada legislatura nacional una proposición de ley de reforma del art. 14 CC que suprima su pérdida automática por residencia continuada y permita la recuperación de la perdida en cualquier momento, pretensión que no comparto y que suscita críticas incluso dentro de la propia doctrina aragonesa.

El diferente planteamiento tiene reflejo legislativo en los matices de la redacción de los correspondientes estatutos de autonomía. Los de Baleares y Cataluña subrayan la eficacia territorial de los derechos civiles respectivos, sin perjuicio de las situaciones que hayan de regirse por la ley personal. Por el contrario, el de Aragón pone el acento en la eficacia personal del derecho foral aragonés, sin perjuicio de su eficacia territorial respecto de las instituciones que no se rijan por el estatuto personal:

¹⁶ Quizá la primera reforma de la vecindad civil sería la de cambiar su nombre por la de “condición civil”, utilizando la terminología del Fuero Nuevo de Navarra, pues la palabra “vecindad” induce a error.

¹⁷ En este sentido guarda una lejana similitud con el *domicile* británico. De hecho, este último se suele explicar como una especie de vecindad civil de los británicos.

Estatuto de Autonomía de **Cataluña** (L.O. 6/2006)

“Artículo 14. Eficacia territorial de las normas

1. Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.
2. Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra”.

Estatuto de Autonomía de **Baleares** (L.O. 1/2007)

“Artículo 9. La condición política de los isleños

3. Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Illes Balears, adquieran la nacionalidad española quedan sujetos al Derecho Civil de las Illes Balears excepto en el caso en que manifiesten su voluntad en sentido contrario.

Artículo 10. Las disposiciones de los poderes públicos de las Illes Balears

Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia”.

Estatuto de autonomía de **Aragón** (L.O. 5/2007):

“Artículo 9. Eficacia de las normas

1. Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma de Aragón tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras reglas de extraterritorialidad.
2. El Derecho foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.
3. Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos a la vecindad civil aragonesa, si en el momento de su adquisición tienen vecindad administrativa en Aragón, salvo que manifiesten su voluntad en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del Estado”.

En la práctica, el sistema es exactamente el mismo para todos los ordenamientos, por lo que las diferencias de redacción tienen una significación meramente política.

3.2. Examen especial de la vecindad civil vasca

Por sus especiales características, el examen de la cuestión de la vecindad civil en el País Vasco es muy ilustrativo de la problemática que plantea la alteración de este estado civil, así como las soluciones y carencias del actual sistema.

La legislación civil aplicable en el País Vasco presenta unas singularidades específicas que no se dan en ningún otro territorio. En efecto, hasta el 3 de octubre de 2015, más que de pluralidad legislativa podíamos

hablar de atomización legislativa interna, siendo el ejemplo de Álava particularmente significativo. En la Tierra de Ayala, lindante con Burgos y Vizcaya, cuya capital es Amurrio, rige el principio de absoluta libertad de testar. En algunos términos municipales, esta libertad se extiende sólo a determinados caseríos o lugares, pero no a la sede municipal (Artziniega). A menos de 20 kilómetros de Amurrio se encuentran Llodio, segunda población alavesa y Aramaio, donde rige el derecho vizcaíno, con su legítima colectiva, la troncalidad y el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes (comunidad universal). Y en el resto del territorio alavés, para la mayoría del territorio y la población, regía el Código Civil¹⁸. Tres sistemas normativos diferentes para una población de 325.000 habitantes en un territorio con extensión inferior a la mitad de la Comunidad de Madrid, de los cuales unos 10.000 estaban (y están) sujetos al Fuero de Ayala, unos 25.000 al de Vizcaya y el resto, al derecho común. En Vizcaya, el Fuero de Vizcaya rige en el Infanzonado o Tierra Llana¹⁹ de Vizcaya y en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio. Los cambios administrativos en los términos municipales no afectan al derecho civil aplicable²⁰. Y en Guipúzcoa está ampliamente documentada la vigencia de un derecho consuetudinario que afecta a la transmisión de

¹⁸ El Fuero de Ayala rige en Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo y los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del término municipal de Artziniega, pero no en esta villa y caserío de su término.

¹⁹ Así llamada no por la ausencia de montes, sino de murallas, esto es, los campos y caseríos o las anteiglesias, territorio sujeto a señorío, frente a las villas que se regían por sus fueros o cartas pueblas particulares y estaban representadas en las Juntas generales. Comprendía la totalidad de la provincia de Vizcaya con la excepción de las 12 villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Balmaseda, la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao.

²⁰ Para hacerse una idea de los quebraderos de cabeza que plantea esta fragmentación, pueden verse en <http://www.forulege.com/default.cfm?atala=mapak&hizkuntza=1> los mapas elaborados para determinar el ámbito territorial de vigencia del Fuero civil de Vizcaya.

los caseríos, así como al régimen de servidumbres y aprovechamientos comunitarios. En lo demás regía el Código Civil.

Uno de los objetivos declarados de la Ley, como veremos, es la uniformización del derecho civil aplicable en el País Vasco, manteniendo las especialidades del Fuero de Ayala y la troncalidad y régimen de comunicación de bienes vizcaínos. Para conseguirla, el expediente técnico utilizado ha sido la creación de una vecindad civil vasca, que determinará la aplicación del nuevo derecho a todos los que la ostenten²¹, a la que se sumará en su caso la vecindad civil local del territorio con especialidad civil propia. A primera vista podría parecer que la técnica estaría viciada de inconstitucionalidad, por la reserva estatal de la competencia para legislar sobre conflictos de leyes. Sin embargo, un análisis más profundo revela lo contrario.

El **art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco** reconoce a la CAPV competencia exclusiva para la

“5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”.

¡Parece evidente que la forma de establecer la extensión territorial del derecho foral, respecto de las situaciones regidas por el estatuto personal (que son la mayoría) será atribuyendo la vecindad civil correspondiente, determinada conforme a las reglas del Código Civil a los españoles que residan en el territorio en que se haya de aplicar. Este expediente se utilizó por primera vez en la Ley 3/92, del derecho civil foral del País Vasco, al permitir a los vizcaínos no aforados otorgar testamento mancomunado, por comisario o celebrar pactos sucesorios, cuestiones consideradas tradicionalmente como de capacidad y regidas por la ley personal (arts. 9.1 y

²¹ Además de a los extranjeros con residencia en el País Vasco cuando les sea de aplicación la ley de su residencia habitual.

9.8 CC), lo que implicaba la creación de una vecindad civil vizcaína no aforada²².

El Presidente del Gobierno recurrió la medida ante el Tribunal Constitucional, pero el Dictamen del Consejo de Estado de 27/5/1993²³, analizó la cuestión a fondo y, por mayoría, señaló que el art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco al atribuir a la C.A. la competencia de “determinación del ámbito territorial de vigencia” permitía el uso de este procedimiento y aconsejó la retirada del recurso, como así ocurrió. El resultado práctico fue el reconocimiento de la competencia de la CAPV para excluir (o ampliar, en teoría) el ámbito de vigencia territorial del CC en el ámbito autonómico, lo cual puede resultar chirriante, pero lo cierto es que es exactamente el mismo efecto que se produce en el resto de las CC.AA. con derecho civil propio al ejercer la competencia de desarrollo: La exclusión de la aplicación del CC en el territorio autonómico correspondiente en todo aquello que no sea de aplicación directa o por remisión.

Zanjada la cuestión, la Ley 3/99, modificó la Ley 3/92 en lo relativo al régimen jurídico de los caseríos guipuzcoanos, utilizó el mismo expediente, permitiendo los testamentos mancomunados y por comisario, así como los pactos sucesorios y excluía el valor del caserío a los efectos de cómputo de la legítima, cuando el causante tuviera vecindad civil gui-

²²Y estableció el procedimiento para que los municipios interesados pudieran acogerse al Fuero de Vizcaya, de acuerdo con la Concordia de 1616, como hicieron los municipios de Ajánguiz, que se desanexionó de Guernica en 1991 y Arrazua-Ubarrundia, en Álava.

²³ Puede consultarse y descargarse en la página de derecho civil vasco de la Academia Vasca de Derecho http://www.forulege.com/default.cfm?atala=jurisprudentzia_azalpenak&hizkuntza=1&id=37

puzcoana²⁴. En definitiva, el sistema, siendo plenamente respetuoso con las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil establecidas en el Código Civil, permitió ir acotando con creciente seguridad la aplicación de los diversos regímenes jurídico-civiles coexistentes en el solar vasco.

Y por fin, la Ley 5/2015, establece las siguientes normas:

“Artículo 10. Ámbito de aplicación personal

1. El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca.
2. La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales.
3. Las normas de Derecho civil de esta ley que rigen con carácter especial en el territorio histórico de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio se aplicarán a quienes tengan vecindad civil local, aforada o no, en dichos territorios.

Artículo 11. Constancia de la vecindad civil

En los instrumentos públicos que se otorguen en la Comunidad Autónoma del País Vasco se hará constar la vecindad civil vasca y la vecindad civil local del otorgante y cuando pueda afectar a las disposiciones que se otorguen o sus efectos, también el régimen de bienes que rija su matrimonio o pareja de hecho. En caso de duda, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la vecindad civil es la que corresponda al lu-

²⁴ Sin perjuicio de que también era posible el uso de tales instrumentos cuando la ley personal del causante lo permitiera, cuestión sobre la cual la ley vasca, prudentemente, no se pronunció.

gar del nacimiento, y el régimen de bienes, el que se considere legal en el último domicilio común, y, a falta de domicilio común, el del lugar de celebración del matrimonio o el de separación de bienes si se trata de parejas de hecho”.

Preceptos que se complementan con el imprescindible de derecho transitorio:

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA.

Atribución de la vecindad civil vasca

Desde la entrada en vigor de esta ley, quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adquirirán automáticamente la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda (...).”.

Esta DT generó inicialmente ciertas dudas, ante la mediática afirmación de que los vascos “se habían acostado castellanos y levantado vascos” parafraseando la proferida el 14 abril de 1931²⁵. En realidad, lo que la DT 7ª quiere decir —y dice—, no es que cualquier ciudadano español con residencia en la CAPV el 3 de octubre de 2015 adquiere automáticamente la vecindad civil vasca, sino que cualquiera que con arreglo a los requisitos establecidos por el art. 14 CC la habría adquirido de estar en vigor la ley

²⁵ La tramitación parlamentaria de la Ley Civil Vasca fue atípica. No se trató de un proyecto de ley presentado por el Gobierno Vasco, sino una proposición de ley presentada por los partidos PNV, PSE-PSOE y PP que contenía la Propuesta elaborada por la Academia Vasca de Derecho AVD-ZEA. El debate parlamentario fue mínimo y su tramitación pasó desapercibida para la opinión pública e incluso los profesionales, que nos enteramos por la prensa de su publicación en el BOPV. A diferencia de la Ley 7/2015, conocida popularmente como “de custodia compartida” fruto de una iniciativa legislativa popular. Sin embargo durante largos años existió en el Parlamento Vasco una comisión encargada del estudio de la reforma del derecho civil vasco, que trabajó de forma coordinada con la AVD-ZEA, jocosamente rebautizada por algunos en Guipúzcoa como “Academia Vizcaína de Derecho”.

por tener su residencia en la CAPV, la adquirirá efectivamente en esa fecha. Y si no la hubiera adquirido por no llevar residiendo el suficiente tiempo, le valdrá el tiempo de residencia anterior a la entrada en vigor para adquirirla conforme al art. 14 CC. La idea es difícil de expresar con claridad en términos gramaticales, pero un ejemplo ayudará a explicarlo.

Un ciudadano español que llevara ese día menos de 10 años residiendo en la CAPV no ha residido el tiempo suficiente para adquirir la vecindad civil del lugar de su residencia habitual. De modo que conserva su vecindad civil, fuera la de otro territorio aforado (Aragón, Navarra, Cataluña, etc.) o la del territorio de derecho civil común. Sin embargo, un ciudadano español que llevara diez años viviendo en el País Vasco en el momento de entrada en vigor de la Ley, adquirió automáticamente la vecindad civil vasca, con independencia de que su vecindad civil anterior fuera la común, vizcaína aforada o no, ayalesa o guipuzcoana. Y para la adquisición futura de forma automática de la vecindad civil vasca no habrá que esperar 10 años desde la entrada en vigor de la nueva ley, sino que computará el tiempo de residencia anterior. Los mismos criterios serán de aplicación para el cómputo del plazo de dos años para la adquisición por opción.

En definitiva, la DT 7ª LDCV lo único que aclara, aunque es fundamental, es que la entrada en vigor de la Ley no implica una puesta a cero del contador de los plazos de residencia ni tampoco una imposición legal de la nueva vecindad civil vasca a todos los españoles residentes, cuestiones ambas que escapan al ámbito competencial del legislador vasco.

Subsisten sin embargo dudas respecto de los extranjeros que residiendo en el País Vasco al adquirir la nacionalidad española optaron por la vecindad civil común. Como es sabido, habiendo efectuado el interesado la opción por una determinada vecindad civil, la declaración produce efectos *ipso iure*, no necesita ser reiterada y ya no se produce la pérdida automática por transcurso del plazo de 10 años con residencia habitual en territorio

con distinto derecho civil (art. 235 RRC). Cabría, por tanto, entender que como el extranjero nacionalizado optó por una vecindad civil determinada, ésta será inmune a los futuros cambios de residencia y salvo opción por otra no se verá alterada en el futuro de modo que, por hipótesis, seguirán conservando su vecindad civil común. Sin embargo, parece más armónico y respetuoso con el conjunto del sistema entender que la adquisición del extranjero nacionalizado presenta analogía con la adquisición por nacimiento o adopción, de modo que se aplicarán a partir de dicho momento las mismas normas de adquisición y pérdida automática que para el resto de los españoles. En consecuencia, el criterio explicitado por la DT 7ª será aplicable también a los extranjeros nacionalizados.

3.3. Derecho interregional y vecindad civil en la PCC

La doctrina iusprivatista, en especial la de los territorios forales, pone de manifiesto la insuficiencia normativa para la resolución de los conflictos de leyes internos. En efecto, el fenómeno de la globalización y los retos jurídicos que plantea en las relaciones de derecho privado ha provocado la necesidad de resolver de forma coordinada los conflictos de leyes acudiendo a instrumentos internacionales (convenios) o europeos (reglamentos). Las disposiciones contenidas en los mismos sustituyen las normas contenidas en el Capítulo IV del TP del CC, como también en su ámbito las de la LOPJ y LEC, que van progresivamente reduciendo su ámbito de aplicación, hasta el punto de quedar algunas totalmente desplazadas.

La actuación del legislador al respecto, desde un punto de vista formal, puede ser cualquiera de las siguientes²⁶:

²⁶ ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “*Derecho Interregional español: la incidencia de los Reglamentos Europeos y de los Convenios internacionales en la resolución de los conflictos internos. Una urgente y necesaria reforma.*”, 2018, ponencia de la III Jornada del Máster de Actualización Jurídica para Notarios, UCLM (inédita).

a) No hacer nada. En este caso, la norma interna conserva su validez y eficacia formal, pero su ámbito de aplicación se reduce a los casos que quedan fuera del convenio o reglamento. Por ejemplo, en materia sucesoria, el art. 9.8 CC sólo se aplica a los conflictos de leyes internos y a los externos cuando la sucesión se abrió antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012.

b) Modificar la norma interna señalando como ley aplicable la que resulte del convenio o reglamento europeo correspondiente. Por ejemplo, el art. 107 CC en lo relativo a la ley aplicable al divorcio.

c) Modificar la norma interna para concordarla con el convenio o reglamento, pero estableciendo soluciones diferentes para los conflictos internos, por razones de política legislativa interna, si las previstas en el instrumento externo no resultan ser las más adecuadas. Esta vía debería ser la que se estudiara en cada caso al objeto de adoptar la posición más conveniente pero que se sepa, no ha sido utilizada hasta el momento.

Cuando nos encontramos en el caso a) la norma internacional puede designar directamente la ley aplicable considerando cada unidad territorial de un estado plurilegislativo como si fuera un estado, así ocurre por ejemplo, en los convenios sobre accidentes de circulación por carretera; responsabilidad por productos; contratos de intermediarios y representación; trust y su reconocimiento; compraventa internacional de mercaderías; protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional; acuerdos de elección de foro o derechos sobre valores depositados en un intermediario.

Sin embargo, en la mayoría de las materias, los convenios o reglamentos se remiten a lo que establezca el sistema de resolución de conflictos internos de cada estado. Así, el Reglamento de Sucesiones señala que la ley aplicable en un estado plurilegislativo se determinará con arreglo al sistema de resolución de conflictos de ese estado y a falta de normas, por

el previsto en el propio Reglamento (arts. 36-38 RUE 650/2012).

Como se ha visto, para la resolución de los conflictos de leyes internos, el art. 16.1 CC se remite a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del CC, sustituyendo la nacionalidad por la vecindad civil y excluyendo las normas sobre calificación remisión y orden público. Su dicción literal era congruente con la situación de 1974, cuando España apenas había ratificado convenios en las materias reguladas por los derechos forales, que tenían un contenido bastante menos extenso, por otra parte. En la actualidad, la situación es muy distinta. Por una parte, el ejercicio de la competencia de desarrollo de los derechos forales ha supuesto un enorme incremento de la normativa susceptible de entrar en conflicto. Por otra, las exigencias de la globalización han multiplicado los convenios internacionales y los reglamentos europeos reguladores de conflictos de leyes, con los consiguientes problemas de interpretación y de desajustes entre las soluciones internas y externas. Así en materia de sucesiones, mientras que en el RUE 650/2012 el punto de conexión por defecto es la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, en el 16.1 y 9.8 CC es su vecindad civil.

Para sortear las dificultades que plantea la remisión a unas normas que han podido quedar totalmente desplazadas o acarrear graves problemas de incoherencia, un sector doctrinal propugna una interpretación sistemática, finalista y sociológica del art. 16,1 CC, entendiendo que la remisión debería entenderse hecha no a las normas de DIP contenidas en el propio Título IV del CC, sino a las reguladoras de los conflictos de Derecho internacional privado en su conjunto, con las especialidades que señala el propio art. 16.1 CC²⁷. Esta interpretación, que comparto en

²⁷ ESPÍÑEIRA SOTO, E. Puede consultarse un resumen de las posiciones doctrinales en; “*Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas*”, EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, enero-febrero 2019/nº 83 que puede consultarse en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/9147-regi->

términos generales, tiene un importante escollo que salvar pues, aparte de que no es ni pudo ser en absoluto la voluntad del legislador de 1974, tampoco parece serlo en la actualidad ya que en tal caso, no habría sido necesario incluir en los propios preceptos del CC las remisiones a las normas de los instrumentos externos. No obstante, la notoria falta de rigor y el desinterés del legislador por esta cuestión no puede constituir en modo alguno un obstáculo definitivo, de modo que la apelación a una jurisprudencia creativa como vimos antes, está servida.

La PCC plantea la siguiente redacción en esta materia.

“Artículo 15-1. Normas de conflicto

Los conflictos de leyes que pueden surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resuelven según las normas contenidas en el Capítulo IV con las siguientes particularidades:

- a) La ley de la nacionalidad se sustituye por la ley de la vecindad civil.
- b) No es aplicable lo dispuesto en los artículos 14-23 a 14-25 sobre calificación, remisión y orden público.
- c) La sucesión por causa de muerte se rige por la ley correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservan su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

menes-economicos-matrimoniales-y-efectos-patrimoniales-de-las-uniones-registradas-con-repercusiones-transfronterizas y su última *pincelada* derecho internacional privado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/derecho-europeo/articulos-d-e/reglamento-europeo-2016-1103-sobre-regimenes-economicos-matrimoniales-pinceladas-practicas/>

d) Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se rigen por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Artículo 15-2. Efectos del matrimonio entre españoles

1. Los efectos del matrimonio entre españoles se regulan por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 14-3 y, en su defecto, por este Código.
2. En este último caso se aplica el régimen económico elegido por los contrayentes entre los regulados por las leyes civiles españolas que puedan aplicarse a su matrimonio.
3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio se adecuarán bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la vecindad civil de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

Artículo 121-1. Vecindad civil, nacimiento y adopción

1. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho foral o especial, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.
2. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tienen distinta vecindad civil, el hijo tiene la que corresponde a aquel de los dos respecto del cual la filiación ha sido determinada antes; en su defecto, conserva la vecindad que tenía, subsidiariamente tiene la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, pueden atribuir al hijo la vecindad civil de

cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

Artículo 121-2. Vecindad civil y modificación de la patria potestad

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o el cambio de vecindad de los padres no afecta a la vecindad civil de los hijos.

Artículo 121-3. Vecindad civil y derecho de opción de los hijos

En todo caso el hijo desde que cumple catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación puede optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no está emancipado ha de ser asistido en la opción por el representante legal.

Artículo 121-4. Vecindad civil y matrimonio

El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, puede en todo momento optar por la vecindad civil del otro.

Artículo 121-5. Cambio de vecindad civil por residencia

La vecindad civil se adquiere:

- a) Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.
- b) Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Tanto la declaración de querer adquirir como la de querer conservar la vecindad civil se harán constar ante el encargado del Registro Civil, y no necesitan ser reiteradas cualesquiera que sean los cambios de residencia y el tiempo transcurrido.

Artículo 122-1. Adquisición de la nacionalidad y vecindad civil

El extranjero que adquiere la nacionalidad española debe optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:

- a) La correspondiente al lugar de nacimiento.
- b) La del lugar del nacimiento.
- c) La última vecindad de cualquiera de sus padres o adoptantes.
- d) La del cónyuge.

Esta declaración de opción se formula, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por éste último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria debe determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.

Artículo 122-2. Adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza y vecindad civil

El extranjero que adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza tiene la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquel de acuerdo con lo que dispone el artículo anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario.

Artículo 122-3. Recuperación de la nacionalidad y vecindad civil

La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentaba el interesado al tiempo de su pérdida.

Artículo 123-1. Vecindad civil comarcal o local

La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o

foral del territorio correspondiente, se rige por las disposiciones de este Capítulo.

Artículo 124-1. Vecindad civil y residencia habitual

En caso de duda prevalece la vecindad civil que corresponda al lugar de su residencia habitual”.

La regulación propuesta es muy deficiente, en mi opinión, ya que sólo plantea dos modificaciones de cierto calado que empeoran todavía más la regulación vigente: La necesidad de que las declaraciones de opción se hagan constar ante el encargado del Registro Civil y la sustitución de la presunción en favor del lugar de nacimiento por la de residencia habitual sin resolver ninguno de los problemas que plantea.

La necesidad de que declaración de opción deba hacerse necesariamente ante el Encargado del Registro Civil y no pueda hacerse ante Notario tiene origen en las RR. DGRN (RC) de 21-11-92 y 13-5-1996, presididas por una desconfianza respecto de las intenciones de aquellos que querían cambiar de vecindad civil, normalmente buscando un régimen sucesorio más benigno en materia de restricciones a la libertad de testar.

La desconfianza se observa en el que en ocasiones los tribunales y con más frecuencia la propia DGRN (Sección de Registro Civil) apreciaron y aplicaron la doctrina del fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil, en especial la navarra, cuando lo más lógico y técnicamente correcto habría sido resolver los casos no por esa vía equivocada y peligrosa, sino más bien por la ausencia de una debida acreditación de los requisitos legales establecidos para permitir la opción. Dicha desconfianza es el resultado de un sistema jurídico anclado en una concepción notablemente restrictiva de la autonomía de la voluntad conflictual interna que contrasta con la flexibilización notable y cre-

ciente que han introducido en nuestro ordenamiento los convenios internacionales y los reglamentos europeos, aplicables en los conflictos externos. No parece tener mucha lógica que sea más fácil y flexible optar por la aplicación de un régimen legal extranjero que por otro español. Como señala DELGADO ECHEVERRÍA:

“[La] igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles (sin que ninguno de ellos pueda considerarse más representativo de una concepción «española» del Derecho, cuyas normas hubieran de tener un plus de imperatividad) debería llevar a mayores posibilidades de disposición sobre la propia cualidad de la «vecindad civil» y a un más libre acceso a las instituciones de cada uno de los Derechos civiles (pactos sucesorios, testamentos mancomunados...) por quienes tienen cierto contacto vital con ellos. Profesiones iuris y otras formas de autonomía conflictual podrían tener amplio campo de acción, mayor que el posible en el Derecho internacional privado, pues en el interregional no se presentan los obstáculos y limitaciones supuestos por el orden público y la pluralidad de jurisdicciones”.

Los argumentos explícitos que motivaron dichas resoluciones, de carácter puramente competencial ya eran discutibles en su momento, ya que ni el CC ni la legislación del Registro Civil ni la legislación notarial establecían tal restricción competencial que, en todo caso, hoy es insostenible. El Centro Directivo señaló que *“Aunque el Notario sea, en principio, el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta declaración promulgada en 1862 ha sido objeto en el curso de los años de numerosas excepciones y matizaciones. Ciñéndonos al ámbito del Registro Civil, ya aparecen (...) casos en los que la competencia para autorizar el documento o acto inscribible se atribuye con exclusividad a los Encargados de los Registros –así sucedía, y el criterio persiste, en la autorización del matrimonio civil, en las opciones a la nacionalidad española (habría que añadir las recuperaciones) y en las declaraciones relativas a la vecindad”*.

“En esta materia relacionada con la nacionalidad y la vecindad, el art. 64 de la Ley del Registro Civil vigente establece en sus dos primeros párrafos que “A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de la nacionalidad o vecindad, el mismo que determinen las reglas sobre opción de nacionalidad. (...)”. Tanto por la dicción literal (...), como por las referencias a las normas del Código civil vigente (cfr. Art. 18 CC redactado por Ley 15 de julio de 1954), se deduce, sin lugar a dudas, que las actas relativas a la nacionalidad o vecindad civil han de ser levantadas por los Encargados de los Registros Civiles en cuanto tales, sin otra excepción “a falta de disposición especial” – que es la que se da cuando la declaración se formula en países extranjeros en que no exista agente diplomático o consular español (cfr. hoy art. 230 RRC)”.

La entrada en vigor de la LJV ha otorgado a los notarios competencia para la tramitación del expediente y la celebración del matrimonio civil. Antes de su promulgación, por medio de un simple Acuerdo de Encomienda de Gestión entre la DGRN y el Consejo General del Notariado, se delegó a los notarios la competencia para recoger las manifestaciones de jura o promesa de fidelidad al Rey y de acatamiento a la Constitución y las leyes previa a la inscripción en el RC de la adquisición de la nacionalidad española –que exige la opción por una vecindad civil concreta–, en contra del criterio explícito del art. 23 del Código Civil en aquel momento que exigía que se prestara ante el Juez Encargado del RC. Por otra parte, la propia DGRN ha admitido el acta de notoriedad como medio hábil para acreditar la vecindad civil respecto del Registro de la Propiedad, criterio ratificado por la Ley del Notariado en la redacción dada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 55 y 56 LN) y por último, los artículos 27 y 68.3 de la nueva LRC, establecen que la declaración de opción se puede hacer ante el Encargado del Registro Civil, notario o funcionario diplomático o consular en el extranjero,

siendo la escritura pública título suficiente para la inscripción en el Registro Civil.

Más allá de estas consideraciones, resulta difícilmente discutible que por su proximidad real al ciudadano y su amplia formación específica precisamente en este campo, es el Notario el funcionario público que mejor puede asesorar a las personas acerca de la forma más adecuada para ejercer sus derechos y alcanzar sus legítimos intereses, conforme establece la legislación notarial, contribuyendo además a la seguridad jurídica general²⁸.

En materia sucesoria, la más afectada por la vecindad civil, el Reglamento UE 650/2012 considera que debe permitirse a los ciudadanos planificar su sucesión, de manera que un sistema de conflictos interno que lo impida de forma injustificada por establecer unos requisitos poco flexibles podría ser fácilmente cuestionado ante el TJUE. Una cosa es que el Reglamento no sea de obligada aplicación a los conflictos internos y otra muy diferente que se discrimine a unos ciudadanos españoles —aquellos cuya sucesión no presenta ningún elemento de extranjería— frente a los demás y también frente a los extranjeros que residen en España privándoles de los instrumentos de planificación sucesoria que concede el Reglamento, violentando claramente los derechos fundamentales de libertad de residencia, establecimiento y circulación de personas y capitales reconocidos por el derecho de la UE.

Aunque en menor medida, el mismo problema se reproduce por el desajuste de los criterios de elección de la ley aplicable a los efectos del matrimonio, pues mientras que el art. 9.2 CC y 16.2 CC permiten ele-

²⁸ Tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, del Registro Civil, el art. 68.3, redactado por la Ley 6/2021, señala que “3. Las declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación, conservación o pérdida, y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad, podrán realizarse ante el Encargado del Registro Civil, notario, o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil”.

gir la ley aplicable al matrimonio sólo cuando las vecindades civiles de los contrayentes son diferentes y antes de su celebración, el Reglamento 2016/1103 sobre ley aplicable al régimen económico matrimonial, permite a los contrayentes su elección en cualquier momento, con independencia de su ley personal.

La segunda novedad de la PCC, la sustitución de la presunción legal en favor del lugar de la residencia en vez de la del nacimiento, tiene a su favor que es una práctica notarial habitual, a la que trató de dar cobertura reglamentaria la reforma del artículo 161 del Reglamento Notarial por el RD 45/2007, pero que la STS 20-5-2008 anuló con toda razón, por su evidente falta de rango. Sin embargo, así como la residencia habitual es un punto de conexión muy adecuado en los conflictos externos, no ocurre lo mismo en los internos, donde los cambios de residencia habitual son más frecuentes y en ocasiones más difíciles de probar, introduciendo un margen apreciable de incertidumbre creador de inseguridad jurídica. Por otra parte, la presunción no resolvería el problema de los españoles residentes en el extranjero, que suele ser más problemática y en la práctica, como la moneda mala a la buena, acabaría desplazando a la vecindad civil como punto de conexión, que es mucho más razonable, por su estabilidad.

En definitiva, la PCC no sólo no resuelve los problemas que plantea la actual regulación, sino que puede romper el delicado equilibrio interno en que descansa la aplicación de los derechos civiles españoles. Urge pues establecer normas claras, de alcance general que proporcionen al sistema de previsibilidad, certeza, seguridad jurídica y al mismo tiempo, flexibilidad, dando clara entrada al principio de autonomía de la voluntad, tanto material como conflictual, empoderando en vez de encadenando al ciudadano ya que, como hemos señalado, carece por completo de sentido que sea más amplia la libertad de elección de ley internacional que de ley interna, aparte de los problemas jurídicos que podrían plantearse ante el TJUE.

En definitiva, compartimos plenamente con DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*) que la regulación del derecho interregional privado:

“Hoy es mucho más urgente, pues a los problemas heredados añadimos que el predominio de las normas europeas en materia de Derecho internacional privado produce una ruptura del sistema, ya que las reglas del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, a las que remite su art. 16, son residuales y anacrónicas. A ello se añaden las dudas razonables sobre si, cuándo y por qué, han de aplicarse las normas de Derecho internacional a los conflictos internos. Llama la atención que no se conozcan iniciativas para la reforma del Derecho interregional, ni oficiales ni oficiosas (...) el elemento que por sí solo mejor explica este desistimiento colectivo es la falta de reflexión y de aceptación de la realidad plural del Derecho civil en España. Obviamente, cuando se pensaba que el destino de los Derecho forales era desaparecer más pronto que tarde no había ningún estímulo para regular bien su aplicación espacial y personal. Legislar —el Estado— sobre Derecho interregional legitima la pluralidad existente, a la vez que facilita el funcionamiento coordinado de esta pluralidad. Pero esto último es lo que necesitan los ciudadanos y a lo que tienen derecho”.

Sin embargo discrepamos de su crítica a la labor del Estado cuando “negocia tratados o reglamentos europeos que tienen que ver con el Derecho privado olvida, al menos negligentemente, la existencia de instituciones civiles en el Derecho español distintas de las del Código estatal —pactos sucesorios, testamentos mancomunados, legítimas muy diversas o su exclusión, por ejemplo— y la existencia misma de la pluralidad interna al considerar las remisiones al Derecho español”, como lo demuestra la ratificación del convenio de La Haya de 5-10-61, sobre la ley aplicable a las formas testamentarias, que se aplica también a los testamentos mancomunados y por comisario o la negociación del art. 30 del Reglamento UE 650/2012, que permite aplicar a determinados

inmuebles una ley diferente a la del resto de la sucesión, como es el caso de la troncalidad vizcaína.

Aceptando el reto planteado por el profesor DELGADO, en este trabajo propongo una reforma del sistema de derecho interregional privado y de la vecindad civil basada en los siguientes principios:

- Se amplía en el ámbito interno la autonomía de la voluntad en la elección de la norma aplicable a la sucesión y al matrimonio; por defecto, se sujetan los derechos sucesorios del viudo a la ley de la sucesión y no a la aplicable al matrimonio, en coherencia con la doctrina tradicional, abruptamente quebrada (sólo para las sucesiones anteriores al 17-8-2015, *vid* STS 5-12-2018) por la jurisprudencia del TS y de lo establecido en los Reglamentos europeos de sucesiones y régimen económico matrimonial y a cambio, los derechos atribuidos por la ley aplicable al matrimonio, cuando sea diferente a la ley sucesoria, tendrán la consideración de deudas de la herencia a los efectos de los demás interesados en la sucesión, aunque se detraerá su importe de lo que hubiera de recibir por legítima.

- Se declara no aplicable la doctrina del fraude de ley en la utilización de una norma de conflicto en derecho interregional privado. Se entiende que la doctrina general de prohibición del fraude de ley en el ejercicio de los derechos es suficiente y que el cambio de vecindad civil es un derecho de todo ciudadano español (como lo es el cambio de nacionalidad), que está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, cuyo incumplimiento o cumplimiento irregular puede ser revisado judicialmente sin necesidad de atajos ni remedios extravagantes.

- Se da una especial relevancia a la determinación de la vecindad civil originaria, a su constancia en la inscripción de nacimiento en el RC y a la voluntad del interesado para los cambios de vecindad civil.

- La vecindad civil determina la ley aplicable a la sucesión a falta de elección de ley. Se permite la *professio iuris* en favor de la ley de la residencia

habitual o de la vecindad civil del momento de otorgar la disposición de última voluntad o del fallecimiento. Excepcionalmente se permite la aplicación de la ley con el que el causante tuviera vínculos más intensos.

- Se incorporan los criterios de elección de la legislación europea a la ley aplicable al matrimonio entre españoles, con la especialidad de la preferencia de la vecindad civil frente a la residencia habitual en caso de falta de elección para los conflictos internos.

- Se permite la recuperación de la vecindad civil perdida sin voluntad del interesado sin necesidad de residir durante un plazo mínimo en el territorio correspondiente, en cualquier momento, si fuera la originaria y en plazo de cinco años si fuera otra.

- Se introduce la presunción de vecindad civil contenida en la legislación del Registro Civil.

- Se aclaran las dudas acerca del cómputo de los plazos durante el tiempo en que el interesado era menor de edad o tenía su capacidad modificada judicialmente.

- Se establece una regulación más completa de la prueba y unas presunciones más ajustadas a las necesidades del tráfico y respetuosas con la presunta voluntad de los interesados.

En consecuencia, mi propuesta de redacción de los artículos afectados sería la siguiente:

“CAPÍTULO V. DE LAS NORMAS DE CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA

“Artículo 15-1. Normas de conflicto

Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según

las normas del Derecho internacional privado vigentes en España, con las siguientes particularidades:

- a) Los conflictos internos se resolverán aplicando preferentemente lo dispuesto en el presente capítulo.
- b) No será aplicable lo dispuesto en los artículos 14-24 a 14-26 sobre remisión, orden público y fraude de ley.
- c) Las referencias hechas a la ley del estado de la residencia habitual se entenderán hechas a la ley de la unidad territorial del estado de la residencia habitual.
- d) Las referencias a la nacionalidad se entenderán hechas a la vecindad civil.

Artículo 15-2. *Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte.*

1. La sucesión por causa de muerte se registrará por la ley correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. No obstante, el causante podrá elegir en disposición mortis causa formalizada en documento público, que su sucesión se rija por la ley correspondiente a su vecindad civil en el momento de efectuar la elección o la de su residencia habitual en el momento de hacer la elección o de su fallecimiento. La elección deberá ser expresa o deducirse inequívocamente de las disposiciones sucesorias el sometimiento del causante a una ley sucesoria en concreto.

A falta de elección o si la vecindad civil no pudiera ser acreditada por ningún medio de prueba admitido en derecho, la sucesión se registrará por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento. Excepcionalmente podrá aplicarse a la sucesión la ley con la que el causante tenga vínculos manifiestamente más estrechos.

Las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley 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.

Salvo pacto formalizado en escritura pública o disposición del causante en contrario, cuando la ley aplicable a los efectos del matrimonio no fuera la que rija la sucesión, los derechos que aquella atribuya al cónyuge viudo serán preferentes a los de los legitimarios, herederos y legatarios pero se imputarán a lo que por legítima le pudiera corresponder en la herencia y su valor se deducirá de lo que por dicha legítima le correspondiese según la ley aplicable a la sucesión, con el límite de esta última.

2. La ley aplicable a la sucesión se aplicará a toda la herencia. No obstante, los bienes radicantes en el territorio donde rija el Fuero de Bizkaia quedarán sujetos al régimen de troncalidad de la legislación civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cualquiera que fuera la ley aplicable a la sucesión.
3. La ley aplicable a la sucesión será la aplicable, entre otras, a las materias a que hace referencia el artículo 22 del Reglamento UE 650/2012.

Artículo 15-3. Efectos del matrimonio entre españoles

1. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 14-3 (cuya redacción se modificaría designando como ley aplicable la que resulte del Reglamento 2016/1103) y, en su defecto, por aquella con la que el matrimonio tenga los vínculos más intensos.

2. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio se adecuarán bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la vecindad civil de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

TÍTULO II. DE LA VECINDAD CIVIL

CAPÍTULO I. DE LA ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA VECINDAD CIVIL

Artículo 121-1. *De la vecindad civil*

Los españoles tienen una única vecindad civil y además, en su caso, la vecindad civil comarcal o local correspondiente al ámbito territorial intraautonómico con legislación civil especial.

Artículo 121-2. *Vecindad civil originaria*

1. Por el nacimiento o la determinación de la filiación, se adquiere la vecindad civil común de los progenitores. Del mismo modo, por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil común de los adoptantes.
2. Si los progenitores o adoptantes tuvieran distinta vecindad civil, el hijo adquirirá:
 - a) La del progenitor o adoptante escogida por ambos de común acuerdo en documento público notarial o ante el Encargado del Registro Civil.
 - b) A falta de elección, la del progenitor respecto del cual la filiación haya sido determinada antes.
 - c) En su defecto, la del lugar del nacimiento y si éste se hubiera producido fuera de España, la de la última residencia habitual

común en España de los progenitores y a falta de ésta, la del lugar con que manifiestamente tenga los vínculos más estrechos.

3. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o el cambio de vecindad civil de los padres no afectará a la vecindad civil originaria de los hijos.
4. La vecindad civil originaria se hará constar en la primera inscripción de la persona en el Registro Civil.

Artículo 121-3. Cambio de vecindad civil por opción del interesado

1. Los padres, o el que ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran dos años desde el nacimiento, la determinación de la filiación, la adopción o el cambio de su propia vecindad civil.
2. Cumplidos los 14 y hasta los 19 años, el hijo podrá optar por la vecindad civil del lugar de su nacimiento o por la última de cualquiera de sus padres.
3. Cualquier cónyuge podrá optar en cualquier momento por la vecindad civil del otro.
4. Transcurridos 2 años de residencia continuada en territorio español con distinto derecho civil, cualquier interesado mayor de 14 años podrá adquirir la vecindad civil correspondiente.
5. El interesado podrá manifestar en cualquier momento su voluntad de conservar la vecindad civil que ostente en el momento de hacer la declaración.

Artículo 121-4. Cambio de vecindad civil sin opción del interesado

1. Cuando el interesado o su representante legal no haya declarado su voluntad de conservar, adquirir o recuperar una vecindad civil determinada, adquirirá automáticamente la del territorio en que haya residido de forma habitual y continuada durante diez años.
2. El cómputo del plazo se iniciará a partir del momento en que la opción pudiera haber sido ejercitada por el interesado o su representante legal.
3. La fijación de la residencia en el extranjero suspenderá el cómputo del plazo, que volverá a reanudarse si el interesado volviera a fijarla en la misma unidad territorial española.

Artículo 121-5. Recuperación de la vecindad civil

1. El interesado podrá recuperar la vecindad civil que hubiera perdido por virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 121-4 dentro de los 5 años siguientes, con independencia del lugar en que resida.
2. El interesado podrá en cualquier momento recuperar su vecindad civil originaria, siempre que no la hubiera perdido por haber optado por otra diferente.

**Artículo 121-6. Vecindad civil en caso de adquisición
o recuperación de la nacionalidad española**

1. El extranjero que adquiere o recupera la nacionalidad española debe optar, al prestar su declaración de adquisición de la nacionalidad española, por una de las vecindades civiles siguientes:
 - a) La correspondiente al lugar de nacimiento.
 - b) La del lugar de su residencia habitual.

- c) La última vecindad civil de cualquiera de sus padres, sean por naturaleza o adopción.
 - d) La del cónyuge.
 - e) La del territorio con que manifiestamente tenga los vínculos más estrechos.
2. El extranjero que adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza tiene la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél de acuerdo con lo que dispone el párrafo anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario.

CAPÍTULO III. DE LOS REQUISITOS Y EFECTOS DE LAS DECLARACIONES Y LA PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL

Artículo 123-1. Requisitos y efectos de las declaraciones sobre vecindad civil

1. El interesado menor de 14 años será representado por sus representantes legales y la persona con capacidad modificada judicialmente, será asistida por su curador o guardador, salvo que la resolución judicial disponga otra cosa.
2. El menor mayor de 14 años deberá ser asistido por sus padres, curadores o guardadores si así lo estableciera su ley personal.
3. La declaración de opción deberá realizarse en escritura pública autorizada por notario o cónsul español o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil. La declaración deberá hacerse personalmente por el propio interesado, por su representante legal o por apoderado con poder especial en el que se indique la vecindad civil que el interesado desee adquirir o conservar.

4. Las declaraciones de opción producen plenos efectos desde el momento de su emisión pero antes de su constancia en el Registro Civil, no serán oponibles a terceros de buena fe.

Artículo 123-2. Prueba de la vecindad civil

1. La vecindad civil puede probarse por cualquier medio admitido en derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil, en la legislación del Registro Civil y en la legislación hipotecaria.
2. Cuando la vecindad civil hubiese sido acreditada por medio de acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial o por expediente con valor de simple presunción tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, se tomará razón en el mismo, conforme a su normativa reguladora.
3. Cualquier interesado podrá manifestar en todo momento que ostenta una vecindad civil determinada, pero en caso de ser impugnada, carecerá dicha manifestación de eficacia probatoria alguna, aun cuando se hubiera tomado razón de ella en el Registro Civil.
4. Salvo prueba en contrario, se presume la vecindad civil del nacido sido determinada en primer lugar hubiera nacido en dicho territorio. Lo mismo se presumirá cuando uno de los padres hubiera nacido en el extranjero.
5. Cuando no fuera posible acreditar la vecindad civil de otro modo, prevalecerá la vecindad civil que corresponda sucesivamente, al lugar donde el interesado tenga los vínculos más intensos, su residencia habitual o su nacimiento”.

4. BASES PARA UNA REFORMA DEL DERECHO SUCESORIO

4.1. Planteamiento

La regulación del fenómeno sucesorio (y también del régimen económico del matrimonio, que se abordará de forma tangencial) en el CC suscita crecientes críticas por su falta de adecuación a la realidad de la familia y sociedad actual. La regulación vigente proviene del sistema legal acuñado en el siglo XIX que se ajustó bien a las necesidades de la sociedad de la época, preocupada por extirpar los mayorazgos y vinculaciones y pudo ser modificado a lo largo del siglo XX para ir incorporando las modificaciones puntuales exigidas por la evolución social y muy especialmente por la superación de las concepciones sociales que justificaban un tratamiento diferente a los hijos según su filiación. Sin embargo, a punto de cumplirse el primer quinto del siglo XXI, parece evidente que un derecho sucesorio asentado en un sistema de legítimas fuertes, tanto en su extensión como, sobre todo, en su extrema fortaleza jurídica, al punto de que algún autor como Calatayud Sierra ha llegado a hablar de la intangibilidad cualitativa de la legítima como un principio de derecho divino, no se acomoda en absoluto a la realidad de la familia actual, donde la mayoría de las personas fallecen a edades muy avanzadas, con hijos que superan ampliamente la cincuentena y donde el acento y la preocupación debería ponerse en la protección de las personas mayores, frecuentemente en situaciones de vulnerabilidad física y emocional y no en la de los hijos, que ya tienen su vida hecha y a quienes los padres les han proporcionado, con sacrificios notables en muchos casos, ayudas económicas para sus estudios superiores, la adquisición de viviendas o sobrellevar las situaciones de desempleo o restricciones salariales propias de las épocas de crisis. En este sentido, es ampliamente compartido entre un número creciente de juristas que el papel que antaño cumplían las legítimas, hoy lo podría cumplirlo un derecho de alimentos con cargo a la herencia y sus beneficiarios.

Nada más propio del derecho civil, como instrumento de resolución de conflictos que confía en la autotutela y autocomposición de las partes, que permitir el libre juego de la autonomía de la voluntad sin más límites que aquellos que tengan una justificación razonable, como podría ser el desequilibrio objetivo entre ellas que imposibilitase a la más débil el uso efectivo de su autonomía de la voluntad, el abuso de derecho o el perjuicio injustificado a terceros. No existen justificaciones de peso, más allá de afirmaciones dogmáticas propias de otros tiempos, que deben entenderse superadas, para limitar de forma tan férrea la libertad de disponer mortis causa, tanto en el fondo (régimen de legítimas) como en la forma (interdicción de la sucesión contractual, incluyendo los pactos sucesorios, testamentos mancomunados o sucesión por fiduciario).

Si una institución jurídica, fruto del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad puede ser útil o se revela como tal ¿por qué debería prohibirse? Y si no se usa, ¿por qué debería prohibirse? ¿Está justificado imponer manu lege una prohibición legal para prevenir o evitar problemas hipotéticos cuando existen muchos mecanismos que implican una menor intromisión e injerencia en la esfera privada y aún íntima de las personas? ¿Es propio de civilistas responder, con un reflejo más propio de administrativistas a las posibles disfunciones que la regulación civil de ciertas instituciones puedan causar? ¿Se apoya la presunción de un mal ejercicio de la libertad de testar en estudios científicos que revelen incentivos perversos o una conflictividad o inestabilidad familiar y social más acusadas en los territorios regidos por ordenamientos que reconocen una total libertad de testar?

Mi opinión personal apoyada en la experiencia profesional, es que es profundamente enojoso para las personas la imposición de límites a la libertad de testar. Normalmente los matrimonios bien avenidos comparecen en la notaría diciendo que quieren hacer el testamento “del uno para el otro y luego para los hijos” y se decepcionan cuando se les explica

que no puede hacerse así y hay que acudir a fórmulas alambicadas que se aproximen lo más posible a ese *desiderátum*. Tampoco entienden que haya que dejar algo forzosamente a ese hijo que no lo necesita o con el que se tienen relaciones simplemente formales, siendo muy habitual la expresión “queremos dejar la herencia a nuestros hijos porque queremos, no porque nos lo mande la ley”.

Además de fomentar comportamientos egoístas o de desinterés respecto de las personas mayores, las legítimas son extremadamente desincentivadoras y perjudiciales para el fomento de la financiación voluntaria de actividades no lucrativas de interés general, pues las aportaciones fundacionales podrían verse afectadas por hechos posteriores ajenos a la voluntad del fundador (por ejemplo, venir a peor fortuna), quedando sujetas al régimen de la inoficiosidad²⁹.

4.2. Principios de la PCC

Según su memoria explicativa:

“La primera advertencia que conviene hacer en este punto es que no ha de esperarse ruptura o quiebra alguna respecto del actual régimen, puesto que el criterio seguido en orden a su revisión ha sido, en todo momento, el de mínima intervención. Así, los objetivos se han cifrado ante todo en mejorar el tratamiento sistemático de la materia (colmando a la par ciertas importantes lagunas), en incorporar algunas figuras e instituciones cuya exclusión del Código hace tiempo que dejó de tener sentido y en pulir la regulación de las ya existentes, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos técnicos. En este mejoramiento se han tomado en consideración, como no podía ser menos, la jurisprudencia y

²⁹ Una crítica completa al régimen legitimario del CC puede leerse en OÑATE CUADROS, FJ. “*Diatriba contra las legítimas*”, que puede consultarse en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1123-diatriba-contra-las-legitimas-0-07458267088474954>.

la doctrina de los autores, pero también las soluciones ofrecidas por los restantes ordenamientos sucesorios españoles, remozados en su práctica totalidad tras la entrada en vigor de la Constitución.

En lo que hace a la sucesión voluntaria, la novedad más importante se cifra en la inclusión de los pactos sucesorios y del testamento mancomunado, junto a una reformulación, acaso un poco más rígida, de la fiducia sucesoria. Ello ha llevado a prescindir de la definición de testamento, a diferencia de la que se recoge en el artículo 667 del Código, por la dificultad de ofrecer un concepto de este negocio que se acomode a un régimen en el que se contempla simultáneamente testamento mancomunado, fiducia sucesoria y sucesión paccionada.

Se hace expresa alusión a lo que se ha dado en llamar personalismo formal: la interdicción de representación en el otorgamiento del testamento. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el personalismo material, pues se admite la posibilidad de que el causante encomiende a otra persona —que en este caso solo puede ser el cónyuge— que ordene su sucesión después de su muerte. Al realizar esta ordenación, el cónyuge fiduciario dispone en su propio nombre de un patrimonio ajeno; de modo que no representa post mortem (no podría en ningún caso hacerlo pues ya ha fallecido) al causante. Si el fiduciario dispone en testamento, aunque el cumplimiento del encargo sea el único contenido del mismo, se trata de su testamento y no del testamento del causante.

Se viene a acoger un concepto amplio de testamento mancomunado, caracterizado por la disposición en un solo instrumento. No se requiere, por tanto, ni unidad de destino, ni atribuciones recíprocas, ni correspondencia o interdependencia entre las disposiciones. Los cotestadores pueden realizar disposiciones a favor del otro, pero no tienen por qué; ambos pueden actuar de consuno al disponer a favor de tercero, pero pueden no hacerlo; y, por supuesto, disposiciones de uno pueden traer causa de las del otro, pero puede que no sea así. Precisamente, en lo que hace a la (posible) interdependencia de las disposiciones se recoge la comúnmen-

te establecida presunción de no correspectividad. Ahora bien, no se ha considerado pertinente requerir una declaración expresa de condicionamiento recíproco para que el mismo pueda entenderse existente; de ahí que, para evitar una eventual interpretación en tal sentido, se incide en que el carácter correspectivo puede existir aunque no se haya hecho manifestación explícita de ello. (...)

Respecto a la sucesión paccionada, ha de subrayarse que únicamente se admiten los pactos de institución y aquellos que tengan por objeto modificar y extinguir los mismos (luego no son válidos los pactos de renuncia); y no puede pactarse sobre la herencia de un tercero (de ahí que se requiera que el convenio se refiera al menos a la sucesión de uno de los otorgantes). De otro lado, se ha optado por no admitir los pactos con atribución patrimonial de presente y circunscribir el pacto de institución a aquel en el que se pospone el efecto transmisor al fallecimiento del otorgante de cuya ordenación sucesoria se trate.

La posibilidad de encomendar a otra persona la ordenación, después de la muerte, de la propia sucesión, se configura con un claro propósito de contención, con un doble límite subjetivo: únicamente se puede realizar tal encargo al cónyuge y para realizar la ordenación entre hijos y descendientes comunes. A la vista del artículo 831-6 del Código, y se entienda su contenido como se entienda, tal planteamiento resulta más restrictivo que el actual: lo es si se considera que ahí se recoge la posibilidad de que el encargo se realice a favor de la pareja no matrimonial; y lo es también si se interpreta que puede realizarse en favor de quien sea simplemente coprogenitor (hayan estado ambos casados o no o hayan tenido o no una relación de pareja). Dado que la cuestión de los efectos de la convivencia no matrimonial se debe solucionar en una sede más general, lo que se dice a continuación se refiere a la segunda de las interpretaciones. Extender la posibilidad de delegación a cualquier coprogenitor desvincula la institución de la relación de pareja. Nada hay por principio que objetar a ello, pero seguramente decae entonces la razón para circunscribir al coprogenitor la posibilidad de ser fiduciario y no extenderlo a otras

personas de confianza. Si no se desea esta apertura, más lógico parece limitar la encomienda al cónyuge y circunscribir la eficacia de la figura a que la pareja no esté separada en el momento del fallecimiento de causante. Se configura entonces la fiducia en sus perfiles más tradicionales, persiguiendo no solo la mejor ordenación de la sucesión a la vista de las necesidades y méritos de los descendientes sino también reforzar la posición familiar del supérstite. (...)

Conforme a lo que constituye unánime tendencia actual, se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, pues, en verdad, una parte reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido. Esta afirmación no requiere de mayor justificación a la vista de los análisis doctrinales más recientes en la materia y de las últimas reformas acometidas en este punto por los ordenamientos civiles autonómicos, las cuales abundan decididamente en la misma dirección (cabe subrayar aquí, por ser la última, la materializada a través de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco). Incluso se ha optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente) sea uno solo.

Pero también se ha procedido a un cierto debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos. Entre ellos cabe resaltar el establecimiento de un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, regla que, además, simplifica el cálculo de la legítima y evita engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 8 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, que acoge también esta solución, es un modo de propiciar la reducción de los derechos de los legitimarios acorde con la realidad social. El límite de los veinte años no se ha adoptado de forma caprichosa: se explica por la elevada esperanza de vida de la que disfrutaban los españoles. Las donaciones realizadas en esos veinte años —anteriores a la apertura de la sucesión— se

computan con independencia de quién sea el favorecido. Idéntico trato al de las donaciones reciben los restantes actos a título gratuito efectuados por el de cuius, como, por ejemplo, la dotación de una fundación, la condonación de una deuda, etc. La excepción relativa a las atribuciones gratuitas imputables a la legítima se explica porque, de no traerse su valor a la masa hereditaria, la expectativa de los sucesores forzosos sufriría una mengua excesiva (...).

Se ha preservado la configuración de la legítima como una pars bonorum pagadera en bienes relictos, pero, a la vez, se han sentado algunas notables excepciones a esta regla general. La más importante de ellas consiste en la posibilidad de que el causante autorice al heredero (legitimario o extraño) a que proceda a su pago con dinero ajeno a la herencia en las condiciones y dentro de los plazos normativamente dispuestos. Mas repárese asimismo en la solución establecida para la acción de reducción de donaciones inoficiosas: el donatario demandado queda facultado siempre y en todo caso para abonar el exceso inoficioso en metálico.

Todas las acciones de protección de la legítima quedan sometidas, en ausencia de regulación especial, a la disciplina general contenida en el Libro sexto, y, consiguientemente, a los breves plazos de prescripción y caducidad allí previstos, lo que conforma otra vía conscientemente seguida con el objeto de relajar las constricciones inherentes al instituto.

No se ha observado inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece hoy prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción), si bien que permitiéndose en forma expresa su ampliación a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes. Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante casado adjudica al cónyuge supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la cautela socini).

En lo que se refiere a la adquisición de la herencia, deben resaltarse como hitos principales la expresa regulación del fenómeno de la herencia yacente, la ampliación del plazo para solicitar el beneficio de inventario (pues es común entender que el actual resulta excesivamente breve y limita mucho, en la práctica, el recurso al mismo, a pesar de sus trascendentes efectos), y una clarificación y más precisa regulación de la posición que a los acreedores hereditarios compete sobre los bienes relictos frente a los acreedores particulares del heredero. En este extremo, se ha descartado la incorporación del beneficio de separación de patrimonios que aparece previsto en algunas legislaciones autonómicas (catalana, aragonesa, navarra, vasca), pues es extraño al sistema del Código y significaría un cambio de entidad. Antes bien, el mecanismo del que han gozado tradicionalmente en Derecho común los acreedores del causante para asegurarse el cobro de sus créditos ha sido el de la intervención judicial de la herencia, y a él se remite la propuesta precisando las hipótesis en que resulta pertinente su solicitud”.

A diferencia de lo expuesto hasta ahora, no resulta posible en un trabajo de estas características presentar con un mínimo de precisión y rigor un texto alternativo a la PCC en materia sucesoria, debido tanto a su extensión, como a mis discrepancias de fondo con algunas de las soluciones propuestas por la APDC. No comparto la regulación de las legítimas ni las limitaciones impuestas a las formas testamentarias, tanto en lo relativo a la fiducia como a los pactos sucesorios.

Tampoco comparto el mantenimiento de la responsabilidad *ultra vires* por deudas del causante. Siendo cierto que las reformas introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria facilitan enormemente el acogimiento al beneficio de inventario, no parece muy lógico beneficiar a acreedores “ocultos”, a pesar de la reducción de los plazos de prescripción de las acciones personales con la afección ilimitada de otro patrimonio distinto al del deudor al pago de sus créditos. Un ejemplo sangrante es el de los

avales, que no se extinguen por el fallecimiento del deudor ni del avalista y que tienen una condición especialmente desfavorable en situaciones concursales. La publicidad real de la existencia de avales prestados por el causante es muy deficiente o nula y puede llevar a aceptar herencias con pleno desconocimiento del heredero de determinados avales o garantías atípicas suscritas por su causante (i.e. *comfort letters*)³⁰.

Por este motivo hay amplio consenso entre los notarios, en favor de establecer legalmente y de forma automática la limitación de responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia al valor de los bienes recibidos, sin perjuicio de que pudiera existir alguna afección legal genérica que afectase a los bienes heredados por un plazo determinado. En definitiva, por razones de justicia material y del *favor debitoris* (en este caso muy atendible por cuanto el que deviene deudor no fue quien contrajo la deuda) el beneficio de separación de patrimonios y de limitación de responsabilidad, propios de los derechos germánicos y en España históricamente en los derechos navarro y aragonés, ha sido establecido en la moderna legislación civil catalana, a pesar de que la responsabilidad ultra vires era una constante en el derecho histórico catalán, conforme al derecho romano. También ha sido establecido legalmente por la nueva legislación civil vasca.

Tampoco comparto algunos aspectos de la regulación de la partición, en que la redacción de la PCC es regresiva respecto de la actual, recientemente modificada por la LJV. No me parece correcta la supresión de la figura del contador partididor dativo, máxime teniendo en cuenta que si la mayoría de 3/4 puede imponer la partición al resto, parece interesante que si la mayoría del caudal está de acuerdo pero no se llega a los 3/4, pueda instarse su nombramiento.

³⁰ El Consejo General del Notariado puso en marcha en 2015 una útil herramienta denominada “Informe de actividad del fallecido” que proporciona información de los documentos notariales en que ha sido parte una persona desde el año 2004. Más información en <https://www.ancert.com/liferay/web/ancert/informe-de-actividad-del-fallecido> 1

Estimo necesario, eso sí, una relajación del rígido sistema previsto en la Ley del Notariado que obliga a una designación por turno, cuando quizás lo más conveniente sería permitir un mayor margen de actuación al notario en la designación atendidas las circunstancias (por ejemplo, otro contador partidor anterior designado para la herencia del cónyuge que falleció primero, el tutor del fallecido incapacitado judicialmente, etc.). De este modo se evitan situaciones de bloqueo, existe un control notarial de la regularidad de la partición y todo ello sin perjuicio del derecho de los disconformes a ejercer las acciones judiciales que estimen oportunas.

En este punto, considero que es mejor punto de partida para abordar la reforma sucesoria la Ley 5/2015, del Derecho civil vasco que la PCC. Este enfoque puede resultar peculiar, pero lo es menos si pensamos que el régimen sucesorio de la mayoría de los ciudadanos residentes en el País Vasco estaba sujeto el día 2 de octubre de 2015 al Código Civil y el día 3 de octubre de 2015 a la Ley. En consecuencia, la experiencia vasca es un excelente banco de pruebas de los problemas planteados, de las soluciones aportadas y de las consecuencias sociológicas provocadas por un cambio tan sustancial.

Esto no quiere decir que defienda, sin más, una reforma consistente en la mera transposición de sus disposiciones al Código Civil. Una operación de este tipo sería grosera y conllevaría los múltiples problemas de todo orden asociados a un Frankenstein legal formado por piezas tomadas de aquí y allá. Lo que sí defiende es que en la actualidad, de todos los derechos civiles españoles, el vasco es probablemente el más moderno, no ya por ser el último cronológicamente hablando, sino por ser el que a mi juicio se ajusta mejor en su conjunto a las necesidades de los ciudadanos en los tiempos actuales y ser fruto de un estudio doctrinal muy dilatado en el tiempo.

Esto no quiere decir que la Ley haya suscitado un aplauso unánime ni que sea un dechado de virtudes técnicas y sistemáticas o un prodigio de

claridad. No existe ninguna ley cuya promulgación no traiga problemas y quebraderos de cabeza a los intérpretes y agentes jurídicos y en el caso de la Ley vasca, las constricciones competenciales y el complejo momento político aconsejaron a sus promotores y a los poderes públicos vascos a actuar con prudencia, evitando fricciones innecesarias con el gobierno central en unos momentos que se avecinaban especialmente graves para el conjunto de la nación. La consecuencia es que hay bastantes lagunas, pues son muchas las materias no reguladas o reguladas de forma insuficiente y en muchos aspectos la regulación supletoria del Código Civil puede resultar problemática.

La buena noticia es que el carácter dispositivo de las normas legales, salvo que de las mismas se desprenda paladinamente lo contrario, permite a los ciudadanos y a los agentes jurídicos un margen de actuación prácticamente ilimitado, de modo que la Ley no va a constituir obstáculo alguno para la introducción por vía de pacto, disposición unilateral o costumbre de cualquier institución jurídica presente o no en nuestro derecho, incluso importada del extranjero³¹.

Si por obra maestra entendemos cualquier creación humana que más allá de sus limitaciones técnicas trasciende a las intenciones de su autor, los distintos seminarios, encuentros y cursos celebrados en entorno a la Ley civil vasca, permiten señalar que es una obra maestra. No por su nivel técnico, que siendo mucho más que correcto en términos generales adolece de ciertas imprecisiones y sobre todo, de falta de coordinación con otras normas como la Ley de Jurisdicción Voluntaria o el Reglamento de Sucesiones en cuyas soluciones dice inspirarse. Su trascendencia deriva de que la ausencia práctica de preceptos imperativos más allá de los estricto-

³¹ I.e. los *trusts*, como plantearon en su comparecencia ante la Comisión competente del Parlamento Vasco los notarios Carvajal García-Pando y Pagola Villar, expresando el sentir mayoritario de los colegiados ejercientes en Guipúzcoa. Informe (incompleto) en <http://www.legebiltzarra.eus/irud/08/00/008749.pdf>.

tamente indispensables y el amplísimo campo abierto a la libertad civil permite soluciones que sus autores no habían siquiera imaginado.

Por ejemplo, la ya apuntada posibilidad de constituir trusts o fundaciones familiares utilizando la figura del poder testatorio (sería más correcto llamarlo poder sucesorio, al poderse otorgar en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales), la de construir instrumentos de protección personal y patrimonial de personas vulnerables mediante los pactos sucesorios, la posibilidad de establecer pactos sucesorios en favor de personas jurídicas (con o sin ánimo de lucro) o la de evitar costos fiscales exorbitantes en los casos en que los intereses y acuerdos de los sucesores chocan con disposiciones excesivamente rígidas del título sucesorio que las hacen inadecuadas, por la gran flexibilidad de la regulación de la dinámica sucesoria, etc.³²

Pasamos pues a hacer un resumen amplio de la nueva regulación vasca en materia sucesoria.

4.3 Principios del derecho sucesorio vasco

Los objetivos declarados de la Ley 5/2015, del derecho civil vasco son los siguientes:

- a) Establecer unos principios uniformes a todo el derecho civil vasco.
- b) Profundizar en el proceso de armonización territorial del derecho civil vasco, respetando las variedades territoriales.
- c) Modernizar la regulación, adaptándola a la realidad actual.

³² En este sentido es revelador el enorme interés que la nueva Ley ha suscitado en Francia, no sólo por su posible aplicación a los españoles allí residentes, aprovechando la permeabilidad de la frontera, sino por la posibilidad de que los ciudadanos franceses opten por fijar su residencia habitual en Guipúzcoa y de este modo sustraerse a la dureza del régimen sucesorio (y fiscal) francés.

d) Respeto de la historia y las tradiciones, como parte importante de la identidad vasca.

- La intención **uniformadora** o si se prefiere, armonizadora, es patente en la existencia de un Título preliminar que regula el sistema de fuentes del “derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, noción superadora del “Derecho Civil Foral de los Territorios Históricos del País Vasco” a que se refería la Ley 3/92, así como “los principios inspiradores de la ley civil vasca”. Se realiza respetando las variedades territoriales (libertad de testar en Ayala, troncalidad en Vizcaya, régimen de los caseríos guipuzcoanos)

- La intención **modernizadora** se refleja en la extensión del principio de libertad civil a la sucesión, ampliando la libertad de disposición mortis causa, tanto en las formas, con la admisión general del testamento mancomunado, la sucesión por comisario y los pactos sucesorios, como en la regulación de la sucesión, con un debilitamiento cuantitativo y cualitativo de las legítimas de los descendientes, la supresión de la de los ascendientes y el aumento de los derechos del cónyuge o pareja de hecho registrada, siendo en todos los casos, renunciable en pacto sucesorio.

- El respeto a la **historia y tradiciones** vascas se observa en la regulación del caserío, los arrendamientos indefinidos³³, la servidumbre de paso, los *ondazilegis*, las formas de asociación como hermandades, mutualidades, cofradías, etc.

Si tuviéramos que resumir en unas pocas líneas los principios esenciales en que se asienta el régimen sucesorio del Código Civil, podríamos señalar las siguientes:

³³ El día 21 de diciembre —festividad de Santo Tomás antes del cambio del santoral— se celebra una fiesta muy popular en San Sebastián, conmemorando el día en que tradicionalmente los caseros bajaban a pagar las rentas y aparcerías, con celebración posterior conjunta.

- Rige el principio de libertad de disposición mortis causa, pero fuertemente limitado por las legítimas de descendientes, ascendientes y cónyuge viudo, tanto en lo relativo a su cuantía, muy amplia en el caso de los descendientes y algo escasa en el del viudo como en su configuración jurídica por la enorme prevalencia y rigor del principio de su intangibilidad cualitativa, derivado de su consideración como una parte de la herencia *pars hereditatis* o *pars bonorum*, de titularidad individual, con escasas excepciones.

- Concepción unitaria del fenómeno sucesorio: La herencia se considera como un todo unitario; no sólo constituye un patrimonio que por el mero hecho del fallecimiento se transmite a sus sucesores, sino que los herederos se consideran continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*. Siempre hay una correspondencia biunívoca entre fallecimiento y herencia: Cuando hay muerto hay herencia y viceversa, siendo el elemento temporal clave el del fallecimiento. La continuidad de la personalidad jurídica del causante en sus herederos determina la responsabilidad de estos *ultra vires* por las deudas del causante, si bien la reforma del CC por la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha facilitado enormemente la aceptación a beneficio de inventario, que ya no requiere un procedimiento judicial y permite limitar la responsabilidad del heredero por deudas de la herencia a los bienes de ésta y una vez confundidos con los propios o consumidos, al valor de lo heredado.

- Carácter esencialmente personalísimo y revocable de las disposiciones mortis causa, con la radical prohibición de los testamentos mancomunados -tanto en la forma como en el fondo-, de la sucesión por fiduciario o comisario, con la excepción del cónyuge conforme al artículo 831 del Código Civil, sorprendentemente ampliada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la de la sucesión contractual, tanto en lo relativo a los pactos de institución, como los de renuncia o las donaciones mortis causa.

Como se ha señalado en la introducción de este trabajo, a la entrada en vigor de la Ley 5/2015, coexistían en la CAPV tres regímenes sucesorios distintos:

a) En la tierra del Fuero de Ayala (municipios alaveses de Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo, así como los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega, con exclusión de la villa y caserío de su término), rige el principio de absoluta libertad de testar.

b) En la tierra del Fuero de Vizcaya, (Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya, que excluye las villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ondárroa, Otxandio, Plencia, Portugalete y Balmaseda, la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao, así como en los municipios alaveses de Llodío y Aramaio, la legítima de los descendientes es colectiva por una cuantía de 4/5 del total de la herencia y respecto a extraños tiene la misma naturaleza jurídica que la del Código Civil. Además tiene una incidencia capital la institución de la troncalidad, que afecta a los bienes inmuebles donde rige el Fuero de Vizcaya.

c) En el resto del territorio vasco, regía el Código Civil, con la especialidad de los caseríos guipuzcoanos, que podían ser excluidos de la legítima individual de los descendientes.

En cuanto a las formas testamentarias, regían las del Código Civil y además, para los vizcaínos, aforados o no, se admitía la sucesión por comisario, el testamento mancomunado y la sucesión contractual, formas que la ley 3/99 extendió a la sucesión del caserío guipuzcoano.

Tras la ley 5/2015 se unifica el régimen jurídico sucesorio vasco, de modo que con las excepciones que representan la libertad absoluta de testar del Valle de Ayala y la troncalidad vizcaína, se fundamenta en los siguientes principios:

- Preminencia casi absoluta del principio de libertad de disposición mortis causa, reflejo del principio de libertad civil, fuente del derecho civil vasco, con el debilitamiento de las legítimas de los descendientes en su cuantía y en su naturaleza jurídica (1/3 de cuantía, de carácter colectivo, que puede gravarse con el usufructo viudal y *pars valoris*), la desaparición de la de los ascendientes y el fortalecimiento de la del cónyuge viudo (usufructo de 1/2 concurriendo con descendientes y de 2/3 en los demás casos, además del derecho de habitación de la vivienda conyugal). La legítima es renunciable en vida del causante. Se mantienen, la libertad absoluta de disposición del Fuero de Ayala y la troncalidad vizcaína, con un régimen algo más benigno.

- Posibilidad de fragmentación de la sucesión. En el tiempo, se puede anticipar la sucesión a la muerte del causante mediante los pactos sucesorios con eficacia de presente o las donaciones mortis causa universales o particulares o retrasar su asignación de forma indefinida, situación de la herencia pendiente del ejercicio de poder testatorio por el comisario. De modo que al supuesto usual de herencia con muerto se añaden las herencias sin muerto y los muertos sin herencia. En la dinámica sucesoria, se permite la aceptación o repudiación parcial de la herencia, así como la renuncia en la sucesión voluntaria conservando los derechos en la sucesión legal.

- Ampliación de los instrumentos formales a través de los cuales puede regularse la sucesión mortis causa, al admitirse los testamentos mancomunados -tanto en la forma como en el fondo-, la sucesión por comisario y la sucesión contractual, tanto en lo relativo a los pactos de institución, como los de renuncia, en vida del causante, en los términos más amplios que quepa imaginar.

A continuación se exponen de forma sucinta los aspectos más significativos de la nueva regulación por sus diferencias con el sistema del Código Civil, teniendo siempre presente que la regulación es dispositiva

y que los aspectos imperativos deben entenderse en sentido estricto, si no restrictivo.

a) Sucesión y delación (art. 17):

- La **transmisión de derechos y obligaciones** se produce en el momento de la muerte, **salvo lo que pueda establecerse en pacto sucesorio**.

- La delación se produce **en el momento de la muerte** y en el lugar donde haya tenido el causante su última residencia habitual o, en su defecto, el de fallecimiento.

- Si el fallecido otorgó **poder testatorio**, respecto de los bienes a que alcance, **la sucesión se abrirá en el momento en que el comisario haga uso del poder o en que éste se extinga**.

b) Formas de suceder (art. 18):

- La sucesión se defiende por **testamento**, por **pacto sucesorio** y en defecto de ambos, por disposición de la **ley**. Se puede disponer de bienes en parte por testamento y en parte por pacto sucesorio. **El testamento no revoca el pacto sucesorio, pero éste deja sin valor el testamento que lo contradiga**. En consecuencia, mientras que el testamento posterior revoca el anterior, en caso de haber pactos sucesorios incompatibles entre sí, es eficaz el primero, salvo que concurra en alguna causa de ineficacia.

c) Sucesión testada

- La sucesión puede ser **universal o particular**. Salvo disposición del causante si la sucesión particular lo es en un patrimonio familiar o profesional cuyo **valor exceda en 3/4 partes de la herencia**, se considerará al sucesor como **heredero universal**. La institución o el legado siempre se imputan a la legítima, salvo disposición en contrario.

d) Responsabilidad por deudas de la herencia

- **El heredero sólo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación** (responsabilidad *intra vires*, art. 20,2). A tal efecto se establece el beneficio de la separación que los acreedores pueden solicitar en el plazo de 6 meses, para formar el inventario de la herencia y poder cobrar sus créditos por el orden legal correspondiente, en su caso, con preferencia a los acreedores particulares de los herederos (art. 20,3). Aunque la Ley señala que la petición se hará al Juez, en realidad deberá hacerse al **Notario**, con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado, en virtud de lo dispuesto en la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria. Nótese que no se trata de que el heredero esté obligado a hacer inventario para acogerse al beneficio legal, sino que son los acreedores quienes tienen derecho a solicitarlo. Los herederos responderán como los socios de una sociedad de responsabilidad limitada disuelta y liquidada: Sólo responderán con su propio patrimonio cuando mezclen sus bienes propios con los de la herencia pero sólo hasta el límite de lo recibido³⁴.

d) Formas de testar (art. 22):

- Todas las reguladas en el Código Civil y además (art. 23), el **testamento hil buruko**, o en peligro de muerte, que es un testamento oral, ante tres testigos y sin intervención de notario, que caduca si transcurridos 2 meses el testador no hubiera fallecido, así como si en los 3 meses siguientes al fallecimiento no se presenta ante notario para su adverbación y elevación a escritura pública. Aun no siendo probablemente lo previsto por los autores de la Ley, permite la utilización de procedimientos atípicos como la declaración de última voluntad en soportes digitales. En

³⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO: “Deudas y herencia: una visión desde la ley de derecho civil vasco” en http://www.forulege.com/dokumentuak/Deudas%20y%20herencia_Una%20vision_desde_la%20Ley%20Derecho%20civil%20vasco.pdf

todo caso, a nadie se le escapa su peligrosidad y por ello, será difícil que su adveración y protocolización sea admitida con facilidad por un notario, que es la autoridad competente por virtud de la LJV.

e) Testamento mancomunado o de hermandad (arts. 24-29)

El testamento mancomunado es admitido hoy por todas las legislaciones forales (en Cataluña bajo la forma de heredamiento preventivo de residuo) y es la forma de testar absolutamente mayoritaria en Navarra y Aragón, con regulaciones diferentes. En Bizkaia su acogida ha sido escasa, muy probablemente por el recelo o falta de conocimiento de los juristas y de sus potenciales usuarios. Su principal ventaja es la ordenación conjunta de la sucesión futura entre personas unidas por parentesco, matrimonio o simplemente, intereses comunes.

- Es el otorgado conjuntamente por **dos personas, parientes, con-vivientes o no**, en el mismo instrumento y para después de su muerte, para todos o parte de sus bienes o para designar comisario a la misma o distinta persona.

- Se puede otorgar dentro o fuera de la CAPV, siempre que uno de ellos ostente la **vecindad civil vasca** y la ley personal del otro no lo prohíba. A este respecto es imprescindible la cita del **Convenio de La Haya de 5-10-61**, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que admite la validez de los testamentos otorgados conforme a la ley del lugar de otorgamiento, nacionalidad, domicilio o residencia habitual del testador en el momento de otorgar o fallecer o donde radiquen los inmuebles, respecto de éstos (art. 1). El Convenio es aplicable a los testamentos mancomunados (art. 4) y considera cuestiones de forma aquellas que limiten determinadas formas testamentarias por razón de la edad, nacionalidad u otras circunstancias del testador (art. 5). Fue ratificado sin reservas por España el 16 de marzo de 1988. El art. 27

del RUE 650/2012 establece criterios análogos respecto de los testamentos o pactos sucesorios en su ámbito de aplicación.

- Ambos testadores tienen que estar **emancipados** (siendo aragoneses basta que tengan más de 14 años).

- Sólo puede revestir **forma abierta** y debe otorgarse necesariamente ante **notario**.

- Puede contener cláusulas **unilaterales y correspectivas**, que son las de contenido patrimonial que traigan causa de las disposiciones del cotestador. La correspectividad no se presume. La nulidad o anulación de una disposición produce automáticamente la de las correspectivas, pero no su ineficacia sobrevinida, que sólo perderá tal condición.

- La **revocación** puede ser **conjunta** mediante nuevo testamento mancomunado o por pacto sucesorio entre ambos otorgantes.

- La **revocación unilateral** puede hacerse **en vida del cotestador**, mediante testamento abierto ante notario o pacto sucesorio con un tercero. Debe notificarse notarialmente en el plazo de 10 días, pero la falta de notificación no afecta a la revocación. **La revocación unilateral en vida del otro testador priva de eficacia a todas las disposiciones del testamento revocado**, a diferencia de lo que ocurre en Navarra o Aragón, donde sólo produce la de las disposiciones correspectivas (con distintos matices).

- **Fallecido uno de los otorgantes**, el sobreviviente puede revocar sus **propias** disposiciones, siempre que no sean correspectivas. Salvo disposición en contrario, el superviviente no puede disponer a título gratuito de los bienes objeto de disposiciones correspectivas, salvo en favor de sus beneficiarios, pero si lo hiciera, el perjudicado sólo podrá reclamar a los donatarios, dentro de los 2 años siguientes a la muerte del disponente, el valor actualizado de los bienes enajenados.

- Fallecido uno de los otorgantes se abre su sucesión, adquiriendo eficacia las disposiciones correspondientes.

En mi experiencia personal, bien explicado es la forma favorita de testar de los matrimonios, pues permite garantizar el mismo tratamiento sucesorio de ambas herencias, al menos en lo relativo a los derechos de los cónyuges. Además, el carácter dispositivo de la regulación permite condicionar la eficacia de las disposiciones y sus revocaciones, evitando la apertura total o parcial de la sucesión intestada.

f) Sucesión por comisario (testamento por comisario, poder testatorio) (arts. 30-46)

Se trata sin duda de la estrella de la Ley, pues es una figura absolutamente extendida en Bizkaia, incluso en la parte no aforada, desde su admisión por la Ley 3/1992. Este éxito se debe al reforzamiento de la figura y posición jurídica del viudo, al permitirle la elección de sucesores y la distribución de los bienes en los momentos que estime oportuno y al **favorable tratamiento fiscal** de la figura pues, a diferencia del tratamiento de la fiducia en el derecho fiscal común, la liquidación del Impuesto de Sucesiones y de la plusvalía municipal se retrasa hasta el momento en que el comisario ejercite el poder testatorio.

- El testador puede **encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades correspondan a su transmisión sucesoria**. El comisario, **salvo autorización expresa**, no puede establecer fideicomisos, nombramientos condicionales ni tomar decisiones que retrasen la designación de sucesores o la adjudicación de bienes.

- El nombramiento sólo puede hacerse en **testamento notarial abierto** (individual o mancomunado) o **pacto sucesorio**. Tratándose de cónyuges, también en **capitulaciones** matrimoniales y en el caso de

parejas de hecho registrada, en **pacto regulador de la convivencia ante notario**.

- El cargo **es gratuito, voluntario** y sus facultades **personalísimas e intransferibles**.

- Para hacer uso del poder testatorio, el comisario debe tener en ese momento capacidad de obrar. Sus facultades son las conferidas en el poder y en su defecto, por la Ley y el derecho supletorio (831 Cc), debiendo ser siempre interpretado e integrado de acuerdo con la **voluntad del testador**, que prevalece en todo caso frente a las disposiciones legales (***) artículo 46 que refuerza el principio general de autonomía de la voluntad del art. 4). Si no hubiera indicación de personas, deberá elegir entre los herederos forzosos (legitimarios) y en defecto de éstos, libremente sin limitación alguna.

- El comisario debe realizar **inventario** en el plazo de 6 meses. Si no lo hace puede ser compelido judicialmente a que se haga a su costa (en la actualidad, notarialmente, LJV y LN). En la práctica sólo se realiza el inventario a efectos fiscales, sin especial eficacia civil .

- El comisario puede **autoadjudicarse** los bienes que le hayan sido atribuidos y los que les corresponderían en caso de sucesión intestada (legal) o a falta de ejercicio del poder testatorio.

- El comisario es el **representante legal y administrador de la herencia**. Quienes tengan derecho a ello pueden solicitar **alimentos** a cargo de la herencia.

- El **plazo** para el ejercicio del poder será el señalado por el testador. Si el nombrado fuera el **cónyuge** o pareja de hecho, puede ser por tiempo **indefinido o vitalicio**. A falta de plazo, será el de 1 año desde el fallecimiento.

- El ejercicio del poder testatorio puede hacerse en uno o varios actos, inter vivos o mortis causa (en testamento ante notario o pacto sucesorio), sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador. Salvo disposición en contrario, si el comisario fuera **cónyuge o pareja de hecho**, habiendo **hijos comunes**, se presume que sólo puede usarlo en favor de éstos o sus descendientes.

- El cónyuge o pareja de hecho designado comisario, es el representante y administrador del patrimonio hereditario y puede cobrar créditos, consentir cancelaciones y realizar todo tipo de actos de **administración y gestión**. Podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si hubiese sido autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, así como cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros, que quedarán subrogados en lugar de los aquellos, salvo que se destinen a pagar deudas o cargas de la herencia. Para la **enajenación de inmuebles, empresas y explotaciones económicas**, habiendo **legitimarios**, es necesaria y suficiente la **autorización de uno** de ellos mayor de edad y sólo si todos fueran menores o incapacitados sería precisa la autorización judicial (sistema aragonés). Hay una interpretación restrictiva, que no comparto, patrocinada por un grupo de registradores de la propiedad que entienden que salvo disposición en contrario, el comisario sólo puede disponer cumpliendo simultáneamente todos los requisitos que marca la ley y no sólo uno cualquiera de ellos.

- Las disposiciones (salvo las hechas por el cónyuge en su testamento, reservándose la facultad de revocarlo) son **irrevocables**. Si en un año no acepta el beneficiario puede volver a designarse otro favorecido.

- El poder testatorio **se extingue**, además de por las causas expresadas en el propio poder, por muerte del comisario, expiración del plazo para su ejercicio, solicitud de separación, nulidad o divorcio posterior al otorgamiento o extinción de la pareja de hecho, renuncia del comisario, in-

dignidad para suceder, revocación o, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario, si el comisario contrajera nuevas nupcias, lleve vida marital estable con otra persona o tenga un hijo no matrimonial.

g) **Limitaciones a la libertad de testar.** Son la legítima, la troncalidad y las reservas.

- **La legítima (arts. 47-60).**

- Son legitimarios: Los hijos o descendientes en cualquier grado y el viudo o supérstite de la pareja de hecho, por su cuota usufructuaria.

- **Naturaleza de la legítima:**

1.- Es una *pars valoris*³⁵, pues consiste en una cuota sobre (no de) la herencia que se calcula por su valor económico defendible, oponible y reclamable frente a terceros, de carácter **colectivo**, pues puede ser atribuida libremente, sin mínimos, entre los hijos y descendientes ulteriores, aunque vivan sus padres. **Su cuantía es de 1/3 del caudal hereditario.** No se pueden imponer sobre la legítima **sustituciones o gravámenes, salvo en favor de otros sucesores forzosos o en favor del viudo** (art. 48). Algún autor entiende que es una *pars bonorum*, de modo que no cabría la posibilidad de que el heredero pudiera aceptar la herencia y adjudicarse los bienes consignando el importe de la legítima (sin perjuicio de la revisión judicial correspondiente).

2.- El causante debe transmitir la legítima a uno cualquiera de los legitimarios por herencia, legado, donación o de otro modo, apartando a los demás. El **apartamiento** puede ser expreso o tácito. La **omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito**, al igual que la **preterición, sea o no intencional, salvo en el caso de que resultaren preteridos todos**, en cuyo caso se anularán todas las disposiciones

³⁵ En contra GIL RODRÍGUEZ, J. et al.: “Manual de derecho civil vasco”, Departamento de Derecho Civil UPV-EHU, 2016.

testamentarias de contenido patrimonial (es aplicable supletoriamente el art. 814 CC, de modo que valdrán las disposiciones en favor del viudo, reducidas en lo indispensable). La legítima es **renunciable aun antes del fallecimiento del causante**, mediante pacto sucesorio entre causante y legitimario, manteniéndose para quienes no la hayan renunciado. No obstante, si la renuncia se produce con ocasión de una donación con apartamiento de los demás legitimarios, se imputa a la legítima, de modo que si la agota, los demás no tendrán derecho alguno.

3.- La **legítima viudal** (o del supérstite de la pareja de hecho) es el **usufructo de la mitad de la herencia, si concurriera con descendientes y de 2/3 en otro caso**, conmutable en los mismos casos y forma que en el sistema del Código Civil. Las facultades del usufructuario serán las establecidas por el causante y por los acuerdos entre el usufructuario y los nudopropietarios. En defecto de dichos acuerdos, el usufructuario tiene derecho a los intereses y rendimientos del capital y de las participaciones en fondos de inversión y a las plusvalías producidas hasta la extinción del usufructo. Además de su legítima, tiene el **derecho de habitación sobre la vivienda conyugal**, mientras se mantenga en estado de viudedad, no constituya nueva pareja de hecho o lleve vida marital estable o tenga un hijo no matrimonial. La legítima viudal y el derecho de habitación se extinguen, salvo disposición expresa del causante, en caso de separación legal (*vid.* LJV) o llevar vida marital estable con otra persona. También se extingue en caso de separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente; es opinión cuasi unánime que lo que debe constar fehacientemente es la separación, no el acuerdo.

4.- Es posible atribuir al viudo el **usufructo universal**, que se extinguirá en los mismos casos y que **salvo disposición del causante, será incompatible con el de la parte de libre disposición**.

5.- Para el cálculo de la legítima, se toma el valor neto de la herencia, adicionando las **donaciones computables**, que son todas aquellas hechas en favor de quienes **no sean herederos forzosos o a favor de herederos forzosos en que no medie apartamiento expreso. Las donaciones hechas a legitimarios sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso**. El valor lo fijará el comisario, si no tuviese interés en la partición y en caso contrario, con el contador-partidor o con los sucesores presuntos o por decisión judicial (o notarial, por la LJV). Es importante destacar que mientras que en testamento o pacto sucesorio el apartamiento puede ser tácito, en cambio en las donaciones ha de ser expreso, es decir, que se presumen hechas a cuenta del haber hereditario, siempre que el donatario no haya sido apartado en el título sucesorio, obviamente. Este tratamiento legal de las donaciones implica, según Andrés Urrutia, que las donaciones se comportan como una sucesión anticipada del donante que se abre y se cierra en el acto (donaciones *mortis causa*) y que como tales, deben ser notificadas al Registro General de Actos de última Voluntad.

h) Pactos sucesorios (arts. 100 – 109)

Muchos son los preceptos que el CC (siguiendo al Cc francés y no al alemán como erróneamente dice la EM de la Ley vasca, siguiendo a la Memoria de la AVD) dedica a prohibir la sucesión paccionada en sentido amplio, que comprende, además de los pactos sucesorios en sentido estricto, el testamento mancomunado y la sucesión por comisario;

Art. 658, “La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley”.

Art. 669, “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

Art. 670, “ El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Art. 1271,2, “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”.

Lejos de atenuarse en el tiempo, la radical prohibición del Código fue acentuada aún más por la doctrina y jurisprudencia, que extremaron el rigor extendiendo la sanción de nulidad absoluta a figuras conexas, considerando incluso algún autor aislado que se trataba de una cuestión de orden público, opinión errada por cuanto los derechos forales los admiten y en cuestión de derecho interregional privado no se admiten cuestiones de orden público, el art. 9,8 CC los admite en caso de cambio de ley reguladora y la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias de 24-12-1981 (derogada) también los permitió. En todo caso, los propósitos legítimos de los ciudadanos de regulación de su sucesión debieron encauzarse usando, no sin dificultad, otras figuras como las donaciones inter vivos sujetas a plazo o condición de la muerte del donante que incluso hoy en día siguen siendo cuestionadas como pactos sucesorios encubiertos (vid Res. DGRN 20-2-2017, BOE 10-3-2017). Así pues, nada tiene de particular que los pactos sucesorios excepcionalmente permitidos como las promesas de mejorar o no mejorar (art. 826), las donaciones por razón de matrimonio (art. 1341) y en menor medida la fiducia sucesoria (art. 831 Cc) sean figuras de muy escasa aplicación práctica, a pesar del impulso que supuso para esta última la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La prohibición radical del Código civil provocó la ruptura con el tradicional derecho castellano importando el *moderno* derecho francés napoleónico y que cimentó las bases de la sucesión voluntaria sobre el carácter esencial del otorgamiento individual, personalísimo y revocable de los negocios mortis causa, restringiéndolos al testamento unipersonal, pues se entendía que los pactos sucesorios y aún la misma institución condicionada a un hecho de un tercero suponían una intolerable limitación de la libertad personal, al impedir a una persona poder disponer libremente de sus bienes mortis causa hasta el final de sus días.

Sin embargo, los pactos sucesorios tienen importantes ventajas pues permiten:

a) Ordenar anticipadamente la sucesión en un momento en que el causante goza de plenas facultades psíquicas, tanto cognitivas como volitivas, sin quedar al albur de un testamento de última hora hecho bajo presiones familiares de todo tipo, evitando el riesgo de captación del causante en los momentos más cercanos al tránsito y la consiguiente expresión de una última voluntad espuria e incoherente con sus comportamientos y deseos continuados en el tiempo, privando de sus legítimas expectativas hereditarias a las personas que más le han atendido y cuidado a lo largo de su vida.

b) Regular de forma ordenada la contribución del sucesor a la economía doméstica y familiar, entendida en sentido amplio, incluyendo la prestación no lucrativa de servicios de asistencia personal, muy habitual históricamente en los caseríos, dentro y fuera del País Vasco, con distintos pactos familiares conocidos como casamiento en casa, pacto al más viviente, comunidad familiar, etc. muchos de ellos conocidos vulgarmente como “mayorazgos” o “*hereu*”, a través de los cuales se garantizaba su viabilidad económica, evitando la división indefinida de las explotaciones. El pacto sucesorio genera derechos, no simples expectativas que quedan al albur de circunstancias incontrolables y, con ellos, valiosos incentivos a la cooperación familiar y social voluntarias.

c) Ordenar con total certeza, validez y eficacia jurídicas la sucesión en las empresas familiares y en patrimonios complejos, permitiendo la constitución de figuras atípicas, como patrimonios separados destinados al cumplimiento de fines de interés familiar o particular de determinadas persona e incluso fundaciones familiares (trusts), aunque por el momento éstos carezcan no sólo de personalidad jurídica plena, sino de cualquier tipo de regulación en el derecho español .

d) Son instrumentos eficaces para dar solución a la sucesión por causa de muerte en familias con problemas personales o patrimoniales complejos, facilitando el encuentro y acuerdo equilibrado entre los interesados y evitando el tener que replantear años después problemas que de otro modo no habrían podido quedar definitivamente resueltos o incluso, se habrían agravado. También son útiles para solucionar problemas en situaciones de crisis matrimonial, estableciendo pactos de protección en favor de los hijos comunes.

e) Proteger eficazmente el patrimonio del instituyente en su propio interés frente a decisiones contrarias al mismo inducidas por extraños, sin necesidad de acudir a procedimientos de incapacitación potencialmente penosos y desagradables y de resultado incierto, de forma compatible con otros novedosos y prácticos instrumentos privados de protección como autotutelas o poderes preventivos para el caso de pérdida de capacidad o la propia constitución ordinaria de tutelas o curatelas, previa modificación judicial de la capacidad.

g) Aprovechar una fiscalidad favorable, pudiendo acoger atribuciones gratuitas de bienes en vida al régimen de las transmisiones mortis causa, considerablemente más benigno que el de las donaciones, aunque esta es cuestión cambiante y dependiente de las necesidades recaudatorias del momento.

- El **pacto sucesorio** permite al titular de los bienes disponer de ellos mortis causa, así como renunciar o disponer de los derechos sucesorios de una herencia (de los contratantes o de un tercero) en vida del causante. Para su validez, deben constar en **escritura pública** y los otorgantes ser **mayores de edad**. Doctrinalmente es pacífico para la mayoría de la doctrina que es posible instituir en pacto sucesorio a una persona jurídica, al admitirse el pacto en favor de tercero y poder las personas jurídicas en general adquirir bienes y derechos por cualquier título admitido en derecho.

- La designación de sucesor en pacto sucesorio deja sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior sobre los bienes comprendidos en el pacto.

- El pacto sólo puede modificarse o resolverse mediante un nuevo pacto, entre los otorgantes o sus sucesores o por las causas establecidas por las partes y se extingue por esas mismas causas o por las previstas por la Ley. La donación mortis causa y la universal inter vivos tienen carácter de pacto sucesorio, salvo estipulación en contrario.

- El pacto de designación de sucesor puede contener la disposición de la herencia a título universal o particular o la renuncia a la misma.

- Los pactos sucesorios puede incluir la transmisión de bienes de presente o la transmisión post mortem. Lógicamente, también puede estar sometida la transmisión a plazo o condición. La cualidad de sucesor es intransmisible e inembargable, pero el instituido puede disponer de su derecho a título gratuito en favor de sus hijos y descendientes, salvo pacto en contrario.

- Los bienes transmitidos de presente sólo se podrán disponer en favor de tercero con el consentimiento conjunto de instituyente e instituido, salvo pacto en contrario. Los acreedores del instituyente tienen preferencia sobre los bienes transmitidos de presente por las deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio.

- Los bienes afectados por pacto sucesorio con eficacia post mortem siguen siendo propiedad del instituyente que, sin embargo sólo podrá transmitirlos a título oneroso, salvo pacto en contrario y, en consecuencia, sólo responden de las deudas del instituyente. Si constituyen patrimonios productivos en los que trabaje el instituido, se requerirá su consentimiento para la enajenación a título oneroso, siempre que instituyente e instituido no hayan pactado otra cosa. El instituido podrá, incluso en vida del instituyente, disponer de su derecho a título gratuito, por actos inter vivos o mortis causa, a favor de sus hijos y descendientes. En el caso de que premuera al instituyente, el derecho del instituido se transmite a sus descendientes y si existen varios hijos o descendientes sucesores del instituido premuerto abintestato, el instituyente puede escoger a uno o varios de aquéllos mediante testamento, pacto u otro título sucesorio.

- El pacto se puede revocar unilateralmente por el instituyente por las causas pactadas, incumplimiento grave de condiciones o cargas, incurrir el instituido en causa de indignidad o desheredación, conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar y solicitud de separación, nulidad o divorcio o extinción de la pareja de hecho.

Para entender bien la mecánica de funcionamiento de los pactos sucesorios es preciso entender que no son testamentos, sino contratos (*prior in tempore; nemo dat quod non habet*). Por tanto, entre pactos sucesorios incompatibles entre sí el primero es eficaz frente al segundo, salvo que éste haya sido otorgado por los mismos otorgantes, al revés de lo que ocurre con los testamentos. Conforme señala el art. 384,2 CDEFA, los problemas que se deriven de la interpretación o aplicación de los pactos sucesorios se resolverán aplicando las soluciones del derecho de obligaciones y contratos o de sucesiones, dependiendo de la naturaleza del problema.

i) Sucesión intestada (arts. 110-117)

A salvo la troncalidad, opera a falta de sucesión testada o pactada, con las que es totalmente compatible. El orden es:

1.- **Hijos**, por derecho propio, a partes iguales y los nietos y demás descendientes, por representación de los premuertos, siempre en concurrencia con los derechos legitimarios del viudo (=Cc).

2.- El **viudo** o pareja de hecho no separado legalmente (= que en Cataluña).

3.- **Ascendientes**, por mitad los padres, a falta de uno de ellos, el que sobreviva (= Cc) y a falta de ellos los ascendientes por mitad entre ambas líneas y si en alguna de ellas no los hubiera, por partes iguales entre los de la otra (distinto del Cc, que sólo se aplica el criterio cuando son de igual grado).

4.- **Colaterales** por consanguinidad o adopción, los más próximos dentro del 4º grado. Sólo hay representación si concurren hermanos e hijos de hermanos. Los de vínculo sencillo recibirán la mitad que los de doble vínculo (= Cc).

5.- La CAPV que deberá repartir a tercio con la Diputación Foral y el Ayuntamiento de la última residencia del difunto, frente al art. 73 de la Ley del 92 que la atribuía íntegramente a la DSF del TH correspondiente a la “vecindad del difunto”. Curiosamente este es el único aspecto de la Ley cuestionado por el Gobierno central en el requerimiento de incompetencia al GV, previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. En concreto el Gobierno de España cuestiona la competencia autonómica para extender el derecho foral a zonas donde nunca rigió pero sólo lo hace en un aspecto que “le toca el bolsillo”, al privarle de la herencia de los fallecidos intestados en “zona no aforada”. Es curioso que en muchos estatutos de autonomía, con o sin derecho civil propio se

reconozca el derecho de la C.A. a la sucesión intestada de quienes fallezcan en su territorio y que la D.A. 24ª LJV sigue reconociendo la competencia de las Diputaciones Forales para las declaraciones administrativas de herederos en su favor. La cuestión se zanjó mediante acuerdo entre el gobierno vasco y el central en la comisión bilateral, evitando el recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno.

j) Reservas hereditarias (arts.118-124).

Esta parte es, sin ninguna duda la que ha pasado más desapercibida de la Ley y sin embargo puede ser bastante problemática. A diferencia de lo que ocurre en Aragón, en que tienen carácter puramente voluntario conforme al principio de libertad civil, en la Ley vasca operan como un límite a dicha libertad (aplicable a todas las formas de sucesión, por tanto) en términos similares a los del Código Civil con algunos matices. Si su justificación era discutible en aquel cuerpo legal, si bien matizada por los escasos supuestos en que resultaba aplicable por el juego combinado de las legítimas y el orden de sucesión intestada, sin embargo en la Ley vasca pueden justificarse perfectamente para impedir que la alteración del orden de sucesión intestada pueda conducir a situaciones objetivamente injustas. La Compilación de Navarra, por ejemplo, que establece el principio de libertad de testar y el carácter puramente formal de la legítima, sin embargo obliga a que el menos favorecido de los hijos del primer matrimonio no puede llevar menos en la herencia que el segundo cónyuge o el más favorecido de los hijos nacidos fuera de él. Las distintas reservas o derechos de reversión o recobro son las siguientes:

a) Reserva a favor de los **parientes hasta el tercer grado de la línea** de que procedan, sobre los **bienes heredados de descendiente** que a su vez lo hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o **hermano** (art.118). Es la reserva lineal o troncal, que se regula en términos idénticos al 811 del Código Civil.

b) Reserva a favor de los **descendientes de un matrimonio**, sobre los **bienes raíces donados para un matrimonio** antes o después de su celebración (art. 119).

c) Reserva a favor de los **hijos del cónyuge o pareja de hecho fallecido** sobre todos los bienes recibidos por título lucrativo del cónyuge o pareja de hecho cuando el **sobreviviente pase a segundas nupcias, constituya nueva pareja de hecho o tenga un hijo que no lo sea de aquel, salvo disposición contraria del causante** (art. 120, equivalente al 968 Cc, pero con la posibilidad de excluirla).

d) Reversión a favor de los **ascendientes, salvo pacto sucesorio en contrario**, de los bienes “dados” a un descendiente fallecido sin posteridad (equivalente al art. 812 del Código Civil). Esta reversión o recobro está llamada a tener una gran importancia práctica en las sucesiones intestadas, dada la preferencia del viudo frente a los ascendientes.

Las diferencias respecto del Código Civil se centran en la libertad del reservista de elegir entre los reservatarios (art. 122) y que el valor de los bienes reservados computan para el cálculo del caudal relicto al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria (art. 124)

Interesa recordar que respecto de los inmuebles, la protección hipotecaria está considerablemente rebajada, hasta el punto de que el art. 235 RH establece que en tanto los reservistas (obligados a reservar) no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles tal carácter y a efectos registrales no serán suficientes para reputarlos como tales los datos o indicaciones que resulten de tales documentos³⁶.

³⁶ En contra RENTERÍA AROCENA, A. en su ponencia del “*Curso de praxis de Derecho Civil Vasco*”, 2018 (inédita), que se apoya en algunas resoluciones antiguas de la DGRN.

5. CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

El panorama actual de la legislación civil española es, desde el punto de vista sistemático, confuso en extremo. Señala González Carrasco (*op. cit.*) que “La verdadera devaluación del Código civil y de la legislación especial dentro del sistema de fuentes del Derecho civil ha venido de la mano de otros universos normativos: en concreto, de la forma en la que se ha interpretado el reparto de competencias legislativas entre Estado y CCAA, y de la soberanía indiscutible del legislador comunitario europeo y de su intérprete, el TJUE, dentro del sistema de fuentes de Derecho civil español, de otro”.

En mi opinión, deriva más bien de que el abandono indeseado para una gran mayoría de la civilística española del ideal unificador bajo un código civil único ha contagiado al legislador su desencanto por un Código Civil, abandonado a su suerte o peor aún, a la de reformas legales indignas de un cuerpo legal llamado a constituir uno de los pilares constitutivos del ordenamiento jurídico.

Es cierto que el Derecho del siglo XXI padece de “incertidumbre prospectiva”, ante la impredecibilidad de los problemas, incluso en el corto plazo. Hoy los problemas jurídicos emergen y explotan en cualquier momento, como consecuencia de los vertiginosos cambios tecnológicos: Robots, inteligencia artificial, Internet, criptomonedas, economía colaborativa, gestación subrogada, etc. pero también en instituciones *clásicas* como el derecho del consumo, las cláusulas suelo, el alquiler vacacional o no digamos ya, el préstamo hipotecario.

La coexistencia del Código Civil con una maraña de disposiciones legislativas singulares ocasiona un desordenado trasvase de principios y reglas entre uno y otras, de modo que el Derecho se va deteriorando en su valor técnico, político y conceptual y lanza a la jurisprudencia de forma irreme-

diable hacia el casuismo y la equidad, con grave merma del valor constitucional de la seguridad jurídica. Problema repetido en múltiples ocasiones a lo largo de la historia pero que ahora adquiere proporciones nunca vistas.

De ahí que la exigencia de llevar a cabo una recodificación, se muestra necesaria y oportuna, como ha acontecido en numerosos países de nuestro entorno. Una labor codificadora sería debería estudiar a fondo las soluciones planteadas no sólo en el extranjero, sino también y sobre todo en nuestros derechos forales, que son tan españoles como el común y que gracias al entusiasmo de la doctrina y el impulso político de las comunidades autónomas respectivas, ha ido alcanzando cotas de calidad y modernidad que no deberían pasar desapercibidas.

Un Código Civil del siglo XXI debería:

- Abordar muchos de los problemas que plantea una sociedad abierta y globalizada, con un desarrollo técnico y económico totalmente diferente al vigente en el momento de la redacción y reforma del Código Civil.

- Incorporar una regulación atractiva, presidida por el principio de libertad civil.

- Servir de “mínimo común” a todos los derechos civiles españoles, por varias razones:

1º.- Porque responde a la propia naturaleza del fenómeno codificador, que perseguía la unidad jurídica del derecho civil español. Obviamente este objetivo es incompatible con la pluralidad legislativa que el propio Código civil preservó (sin renunciar a una futura unificación), que la Constitución avaló y las CC.AA, en ejercicio de sus competencias, han conformado como un hecho incuestionable, pero la pluralidad formal no es incompatible con una armonización de fondo basada en un Código Civil con vocación auténticamente nacional, altamente deseable y necesaria:

a) Por el carácter supletorio del Código Civil, como derecho estatal, del derecho civil autonómico.

b) Para servir de punto de referencia para resolver determinados conflictos de aplicación entre diversos derechos civiles autonómicos e incluso problemas de aplicación de éstos.

c) Porque en momentos en que existe una fuerte tendencia a la armonización del derecho privado, mercantil y civil, en el seno de la UE, carece de sentido mantener o no reducir en lo posible una acentuada fragmentación jurídica en el ámbito español, por cuestiones doctrinales o técnicas que vistas desde fuera en muchas ocasiones pueden ser motejadas de bizantinas.

d) Porque al igual que las CC.AA. son plenamente autónomas al legislar en materia civil en el ámbito de su competencia, también lo es el legislador estatal, siendo muy conveniente para el tráfico y para la seguridad jurídica, que no existan soluciones jurídicas dispares a problemas similares en sociedades que son perfectamente intercambiables, por pruritos doctrinales o resabios históricos carentes de justificación.

e) Porque la entrada en vigor de disposiciones europeas y muy especialmente en este ámbito, de los Reglamentos UE 650/2012 2016/1103 y 2016/1104 desdibuja por completo el esquema de aplicación de unos u otros derechos territoriales, con la distorsión que supone la aplicación de criterios distintos para resolver los problemas de derecho interregional e internacional privado.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva*

CRISTÓBAL PINTO ANDRADE

Jurista**
Legelari

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 9/02/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 29/05/2023

Resumen: A la luz del contenido de la Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya (1526) que regla la tutela de los hijos huérfanos de alguno de sus progenitores, se analizará, por un lado, la situación que estaba describiendo dicho precepto y su abordaje jurídico y por otro, al aludir esta norma a las facultades de orden personal que incumben a todo tutor, se analizarán estos deberes personales respecto a sus hijos menores y, en particular, el deber paterno de alfabetizarlos. A partir de dicha

* Trabajo de investigación en el contexto de la indagación sobre materiales históricos para su aportación en la redacción de la obra doctrinal *Medidas tras la ruptura de los progenitores en el Derecho Civil Vasco: una visión judicial*, publicada finalmente bajo ISBN 9788418780127, Editorial Atelier (2022).

** Jurista. Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto (Bilbao) y Diploma Estudios Avanzados previos al Doctorado por la UNED. Ejercicio de la abogacía (1994-2003) en el Colegio de la Abogacía de Bizkaia. Desde 2008, destinado como Juez sustituto en diversos Juzgados del País Vasco. Publicando artículos de actualidad en el Derecho de Familia en España a través del Blog *Jurisprudencia Derecho de Familia —El Blog de Cristóbal Pinto* y en particular en Derecho Civil Vasco de Familia a través del Blog *Jurisprudencia Derecho Civil Vasco de Familia—*. El otro Blog de Cristóbal Pinto.

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
ISSN: 2173-9102
DL./L.G.: BI-1677-03

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoetsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XVIII. Nº 31. Enero-Diciembre, 2023, pp. 503-546
JADO Aldizkaria. Bilbo. XVIII. urtea. 31 zk. 2023, Urtarrila-Abendua, 503-546 or.

normativa se planteará si la plasmación legal en el Derecho histórico de Vizcaya supone un elemento singularmente pionero, innovador o novedoso con respecto al Derecho castellano de la época y si ello fue contribuyó eficientemente a la llamativa numerosa presencia de vizcaínos en la Administración hispánica ostentando cargos que requerían un cierto grado de instrucción y formación.

Palabras clave: patria potestad, poderío paternal, tutela, paterno-filial, enseñanza, alfabetización, analfabetismo, instrucción, escolarización, educación, vizcaíno, Fuero, Vizcaya.

Bizkaiko Foru Berrian (1526) seme-alaben alfabetatze-betebeharra gurasoen boterearen pean: arauketa berezi eta bereizgarria

Laburpena: Bizkaiko Foru Berriari buruzko XXII. tituluko (1526) I. Legeak gurasoetako baten seme-alaba umezurtzen tutoretza arautzen du. Lege horren edukaren argitan, batetik, arau hori deskribatzen ari zen egoera aztertuko da, bai eta haren abordatze juridikoa ere; eta, bestetik, arau horrek tutore orori dagozkion maila pertsonaleko ahalmenak aipatzen dituenean, seme-alaba adingabeekiko betebehar pertsonal horiek aztertuko dira, eta, bereziki, gurasoen alfabetatzeko betebeharra. Araudi horretatik abiatuta, planteatuko da ea Bizkaiko Zuzenbide Historikoan legezko irudikapena bereziki elementu aitzindaria, berritzailea edo berritzailea izan zen garai hartako Gaztelako Zuzenbideari dagokionez, eta ea modu eraginkorrean lagundu zuen bizkaitarren presentzia deigarrian Hispaniako Administrazioan, nolabaiteko heziketa eta prestakuntza eskatzen zuten karguetan.

Gako-hitzak: guraso-ahala, guraso-ahala, tutoretza, guraso-seme-alabak, irakaskuntza, alfabetatzea, analfabetismoa, instrukzioa, eskolaratzea, hezkuntza, bizkaitarra, Forua, Bizkaia.

The duty of literacy of children under parental power in the New Law of Biscay (1526): a singular and distinctive regulation

Abstract: In light of the content of Law I of Title XXII of the Fuero Nuevo de Vizcaya -New Law of Biscay- (1526), which regulates the guardianship of the orphaned children of one of their parents, it will be analysed, on the one hand, the situation that said precept was describing and its legal approach and on the other hand, when alluding this rule to the faculties of a personal nature that are incumbent on all guardians, these personal duties will be analyzed with respect to their minor children and, in particular, the paternal duty to teach them to read and write. Based on said regulations, we will ask ourselves that legal expression in the historical Law of Biscay supposes a singularly pioneering, innovative or novel element with respect to the Castilian Law of the time and if this was an efficient contribution to the striking numerous presence of Biscayans

Key words: parental authority, parental power, guardianship, paternal-filial, teaching, literacy, illiteracy, instruction, education, schooling, Biscayan, Law, Biscay.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

-Y quien es aquí mi Secretario?
 Y uno de los que presentes estaban respondió:
 -Yo señor, porque se leer y escribir y soy vizcaíno
 -Con esa añadidura —dijo Sancho— bien podéis
 ser Secretario del mismo Emperador [...].

Don Quijote de La Mancha (1505)
 Capítulo XLVII

PLANTEAMIENTO E INTRODUCCIÓN

Es un hecho cierto, incontestable y hasta llamativo —cuando no, tópico— que ya desde los siglos XIV y XV se tiene constancia de la presencia de numerosísimos oriundos del territorio de Vizcaya, de “vizcaínos”, en el seno de la Corte del Reino —después Corona— de Castilla o posteriormente en Administración central de los Monarcas hispánicos de los siglos XVI al XVIII, donde se destacaban precisamente por ostentar cargos administrativos o políticos que requerían un cierto grado de instrucción y formación: Escribanos, miembros de Consejos, Secretarios, Contadores, Veedores, empleados... En todo este periodo rigió en Vizcaya —y en cierta parte de parte de Álava— el Derecho civil contenido en el Fuero Nuevo de Vizcaya (promulgado en 1526) e inmediatamente algunas preguntas surgen: ¿tiene relación causal este hecho con aquella circunstancia? ¿fueron los padres vizcaínos destinatarios del Fuero Nuevo y durante su vigencia- particular y especialmente más celosos y diligentes

que el resto de los progenitores castellanos en el cumplimiento del deber de instrucción y alfabetización de sus hijos? El presente trabajo trata de arrojar alguna luz para dar respuesta a estos interrogantes.

En su desarrollo, se analizará la normativa plasmada en el Fuero Nuevo que impone el deber al padre tutor a alfabetizar al hijo huérfano de madre y su posible singularidad, teniendo en cuenta la regulación de las relaciones paterno-filiales en el propio texto en contraste con el Derecho civil común castellano a lo largo de los más de cuatro siglos de vigencia del texto foral que también es analizado.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la vigencia del Fuero Nuevo de Vizcaya discurre desde su dictado en 1526 hasta la fecha de la promulgación de la Ley 32 de 30 de julio de 1959 sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava; todo ello sin dejar de recordarse que ya en todo caso, desde el año 1876 el Fuero Nuevo quedó *petrificado*, sin posibilidad de modificación, reforma o actualización ya que por el Gobierno de la Nación se promulgó la Ley de 21 de julio de 1876 por la que se abolieron los órganos político-legislativos forales (Diputaciones y Juntas Generales) de Vizcaya, Álava y Guipuzcoa.

Sea como fuere, lo cierto es que, en tan vasto espacio temporal, el Fuero Nuevo vizcaíno convivió con muy diversos cuerpos legales de Derecho civil común emanados del Reino —después Corona— de Castilla, que colmaban, como derecho supletorio, las posibles *anomias* o lagunas normativas de aquel. Se analizará el encaje —difícil en determinadas ocasiones—, entre las instituciones propias de las relaciones paterno-filiales características de uno y otros cuerpos legales singularizadas y representadas en dos instituciones jurídicas: el *poderío paternal* vizcaíno y la *patria potestad* castellana, respectivamente.

Tratando de ir más allá de la norma de derecho privado plasmada en el texto foral que obliga al padre tutor a la alfabetización del hijo huérfa-

no, se ha estimado conveniente además considerar los diferentes estadios legales —de Derecho público— en el territorio vizcaíno en torno a la obligación paterna de escolarización e instrucción pública de los hijos y escudriñar alguna clase de influencia en la constatación fáctica reseñada en las primeras líneas de este trabajo.

1. EL DEBER DE ALFABETIZACIÓN DEL PADRE, TUTOR DE SU HIJO HUÉRFANO DE MADRE, PREVISTO EN EL FUERO NUEVO DE VIZCAYA (1526): UN PRECEPTO SINGULAR

Con precedente en Fuero Viejo (1452), contiene el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526) un precepto, propio del Derecho Civil de Familia, de singular valor e importancia. Se trata de la Ley I del Título XXII “*De los menores, y de sus bienes, y gobierno*”, que dispone lo siguiente:

“Ley I.- A quien pertenece la tutela, y curaduría de los huérfanos.

Primamente, dixerón: Que havian de Fuero, y establecian por Ley que fallecidos marido, ó muger, y quedando hijos, ó decendientes de ellos; el padre, ó madre, que vivo quedare, sea legítimo Tutor, y Administrador de los tales hijos, con que en el termino de la Ley, haga el inventario, y solemnidad, y con la caucion, y fianza, que la Ley manda al Tutor estraño: Y que assi hecha la dicha solemnidad, é inventario, tome á su poder á los tales Menores, y á sus bienes, y el tal padre goze, y lleve el usufruto de los bienes de sus hijos todo el tiempo, que él, o sus hijos, ó qualquier de ellos estuviere sin casar: Con tal, que sea tenuto de regir, y administrar bien, fiel, y legalmente las personas, y bienes de ellos, y de los criar y alimentar, y enseñar, y rezar, leer, y lo al, según que conviene al tal padre para con sus hijos; y assi se compensen los frutos con los dichos alimentos. Otrosí, que la madre no goze, ni lleve el tal usufruto, ni sea tenuta de alimentar á los hijos (si no quisiere) en caso que ellos tengan con que; sino (es así) que hecho el dicho inventario, y la dicha solemnidad de tutriz, tenga

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

en su poder á sus hijos, y á sus bienes, gobernándolos, y criándolos, y arrendando y aliñando los bienes de ellos todo el tiempo que estuviere en habito viudal; y esto, porque el padre tiene poderío paternal en los hijos, en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar; pero no la madre.

Lo verdaderamente destacable de esta disposición radica en los deberes personales que, a juicio del legislador vizcaíno del siglo XVI, habían de exigirse al progenitor paterno que se hace cargo de la tutela de su hijo huérfano de madre.

A la vista de su textualidad es posible afirmar que los deberes legales de carácter personal del padre viudo, tutor de sus hijos, que se imponen en el Fuero Nuevo de Vizcaya se revelan como de un contenido más amplio y protector que los propios de la *patria potestad* (paterna) del Derecho castellano según los textos legales vigentes en la época, anterior a la promulgación del Código Civil.

En concreto, en el Fuero Nuevo de Vizcaya, de manera expresa se consigna no solamente el deber y la obligación genérica de todo padre discernido tutor de su hijo de “*criar y alimentar...*” y, en general, de proporcionar al hijo todo lo demás que necesite (“*y lo al, según que conviene al tal padre para con sus hijos*”) sino, más particularmente, el deber de “*enseñar*”, y con más precisión “*enseñar leer*”, es decir, de alfabetizar a ese hijo tutelado.

Cabe recordar que la tutela en el Fuero Nuevo vizcaíno estaba concebida como un instrumento legal para la protección de la persona y bienes del hijo menor de edad que queda huérfano de cualquiera de sus progenitores (“*fallecidos marido, ó muger, y quedando hijos, ó descendientes de ellos; el padre, ó madre, que vivo quedare, sea legítimo Tutor...*”). En este sentido, no resulta tan explícito el texto vizcaíno cuando se refiere a los deberes personales de la madre viuda que ejerce la tutela de su hijo huérfano de padre, habida cuenta de que únicamente dispone de manera expresa su obligación de “*criarlos*”.

Esta referencia expresa y explícita en el Fuero Nuevo de Vizcaya a un deber paterno de “enseñar a leer” al hijo huérfano tutelado obliga a detenerse ahora en la particular obligación de instrucción de los hijos y su formulación en el Derecho histórico del Reino —después Corona— de Castilla para lograr discernir la posible y aparente aportación novedosa o no del Derecho foral vizcaíno en esta cuestión.

2. LA REGULACIÓN DE RELACIONES PATERNO-FILIALES EN EL DERECHO COMÚN ANTES Y TRAS DE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Hasta la codificación en España en el año 1889, la inexistencia de un Código Civil general no significó que no existiese un Derecho civil en los territorios hispanos. Hasta dicha fecha, en los territorios donde no existía un Derecho civil propio de carácter foral (Fueros de carácter local o territorial como en Cataluña, Mallorca, Aragón, y territorios vascongados —como Vizcaya—), las normas civiles de carácter general o de Derecho común del Reino y Corona de Castilla estaban contenidas en *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio, en las Leyes de Toro o en algunas otras leyes recopiladas posteriormente en la Novísima Recopilación.

En lo que aquí interesa, y limitando el estudio a la fecha en que fue promulgado el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526), y con respecto al deber de enseñanza, instrucción o simplemente alfabetización de los hijos por parte de sus progenitores, *Las Partidas* de Alfonso X El Sabio (c. 1260) —elaborado con la pretensión de que se convirtiera en el *ius commune* o Derecho común que unificara jurídicamente el territorio de la Corona de Castilla—, se definen las facultades incluidas en la *patria potestad* paterna. Se trata de una patria potestad al estilo del Derecho Romano de la época justiniana más las aportaciones del Derecho Canónico cristiano:

no es dual sino detentada en exclusiva por el padre y queda definida esta potestas como el “*ligamiento de reuerencia, e de subiecion, e de castigamiento que deue auer el padre sobre su fijo*”; respecto a su contenido *Las Partidas* se refieren tanto a su aspecto patrimonial (el padre debe administrar en usufructo los peculios y bienes propios del hijo adquiridos a título gratuito o por su trabajo— Partida Cuarta, Título 10, Ley 8), como al personal, hablando de la “*crianza*”, con estas palabras:

Cuarta Partida.

Título dizenueue como deuen los padres criar a sus hijos y otrosí como los hijos deuen pensar de los padres quando los fuere menester.

(...) Ley 2.- Por que razon e en que manera son tenudos los padres de criar a sus fijos maguer non quissiesen. Claras razones y manifiestas son porque los padres y las madres son tenudos de criar a sus hijos. La vna es mouimiento natural porque se mueuen todas las cosas del mundo a criar y guardar lo que nasce dellos. La otra es por razon del amor que han con ellos naturalmente. La terçera es porque todos los derechos tenporales y spirituales se acuerdan en ello. E la manera en que deuen criar los padres a sus hijos: Y darles lo que les fuere menester maguer non quieran: es esta, que les deuen dar que coman y que beuan: Y que vistan y que calçen: Y lugar do moren: Y todas las otras cosas que les fuere menester sin las quales non pueden los onbres biuir. E esto deue cada vno hazer segund la riqueza y el poder que ouiere catando toda via la persona daquel que lo deue resçeber en que manera deuen esto hazer. E si alguno contra esto hiziere el iudgador de aquel lugar lo deue apremiar prendandolo o de otra guisa de manera que lo cunpla assi como sobre dicho es [...]”¹.

¹ Texto completo tomado de “Los códigos españoles concordados y anotados (1847-1851)”. Tomo III, Imprenta de la Publicidad cargo de M. Rivadeneyra, Madrid, 1847-1851. Disponible en IURIS Digital Biblioteca Virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

Como puede comprobarse, según *Las Partidas*, el padre, titular exclusivo de la *patria potestad* debe criar a sus hijos menores porque es un deber natural; y criarlos consiste, materialmente en proveerles (“*que les deuen dar*”) de alimentación (“*que coman y que beuan*”), vestido, (“*Y que vistan y que calçen*”) y habitación (“*lugar do moren*”); y, en general, de todo lo que necesiten para llevar una vida adecuada y digna (“*todas las otras cosas que les fuere menester sin las quales non pueden los onbres biuir*”); y todo ello en función de la capacidad económica que tenga el padre (“*E esto deue cada vno hazer segund la riqueza y el poder que ouiere...*”).

Como se puede ver, las obligaciones personales del padre según el Derecho castellano común vigente en 1526 se ciñen a cubrir las necesidades materiales de la vida del hijo pero no se explicita una obligación paterna de enseñanza e instrucción del vástago. Lo que desde luego ni se explicita ni se deduce es un deber paterno ni siquiera de alfabetizar (enseñar a leer y escribir) al hijo. A lo sumo, podría deducirse esta obligación si se incardinase en el deber, genérico y —condicionado al nivel económico del padre— consistente en proveerles de “*todas las otras cosas que les fuere menester sin las quales non pueden los onbres biuir*”. Pero, en todo caso, asumir este deber quedaría al arbitrio personal del padre.

Resulta curioso comprobar que lo que *Las Partidas* no exigían expresa y explícitamente al padre —como obligación propia de la *patria potestad*— sí que se exigía al tutor/curador que se discernía tras el fallecimiento de aquel. En efecto, en *Las Partidas* se dedican los Títulos XVI a XIX de la Partida Sexta a regular la tutela del hijo huérfano de padre, distinguiendo en principio entre la tutela (o tutoría) del hijo huérfano menor de 14 años (12 años en el caso de las hijas) y la curatela del hijo huérfano mayor de 14 años hasta los 25 años (también a los mayores de esta edad “locos o desmemoriados”). La designación de tutor y/o curador puede hacerse a través de tres vías: disposición *mortis causa* (tutela testamentaria),

disposición legal (tutela legítima) o por disposición judicial (tutela dativa)². En *Las Partidas*, solamente se contemplaba la hipótesis de la tutela del hijo huérfano de padre ya que el hijo huérfano de madre continuaba bajo la *patria potestad* personal y patrimonial de su padre, en la medida de que el fallecimiento de la madre no tiene ningún efecto ni consecuencia sobre aquella. En lo que aquí atañe, a tenor de *Las Partidas*, el tutor (que lógicamente nunca podría ser el padre, ya fallecido) debía cuidar de que el huérfano aprendiese buenas costumbres, a leer y a escribir y después algún oficio correspondiente a su naturaleza, riqueza, y facultades y de darle comida, vestido y demás necesario, según sus bienes. Enfatizamos nosotros en letra negrita y subrayado lo relevante a estos efectos contenidos en el pasaje de la Partida Sexta, Ley 16, Título XVI:

Ley XVI- Como los guardadores deuen fazer aprender a los huérfanos, leer e escriuir. Trabajarse deue el guardador, de fazer al moço que touiere en guarda buenas maneras; e de si, deuele fazer aprender leer e escreuir; e despues desto, deuele poner , que aprenda, e vse aquel menester, que mas le conuiniere, según su natura e la riqueza del, dandole de comer e de vestir e de las cosas que menester le fueren, según entendiere que lo deue fazer ; catando todavia que lo faga segund los bienes que rescibio del.

Nada añaden ni aportan novedad alguna respecto al contenido de las facultades de carácter personal de la *patria potestad* las disposiciones de carácter de Derecho Privado contenidas en disposiciones jurídicas castellanas posteriores como el Ordenamiento de Alcalá (1348) o las Leyes de Toro (1505)³.

² No obstante, la designación de curador solamente se puede hacerse vía testamentaria y siempre que posteriormente fuese confirmada por el Juez la idoneidad de la persona designada.

³ Y posteriormente en la Nueva Recopilación (1567) y en la Novísima Recopilación (1805). En las Leyes de Toro (1505), entre las preocupaciones del legislador no encuentra, ciertamente, un lugar preferente la importante cuestión del ejercicio y el alcance del poder

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

No fue hasta la promulgación de la Ley de Matrimonio Civil en 1870 y del Código Civil en 1889 cuando se estableció legalmente, como integrante de la *patria potestad*, el deber de instruir a los hijos. En efecto, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 disponía en su Art. 63 que: “*Los cónyuges están obligados a criar, educar según su fortuna y alimentar a sus hijos y demás descendientes...*” añadiendo el Art. 64 que “*El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados*”; y aún antes, de manera más desdibujada y atenuada, decía el Art. 146 del Proyecto de Código Civil de 1851 que: “*El padre dirige la educación de sus hijos y es su legítimo representante en juicio*”; ya con la Codificación, en su redacción original, el Código Civil de 1889 señalaba más explícitamente en su Art. 155 que: “*El padre, y en su defecto la madre⁴, tienen, respecto de sus hijos*

paterno sobre los que se hallan sujetos a potestad, ya que únicamente se encuentran dos preceptos, Leyes 47 y 48, y de escueto enunciado, cuyo foco se proyecta sobre esta materia : uno que declara la emancipación automática por matrimonio de los hijos y otro declarando la plena propiedad y administración de este hijo casado sobre su peculio, disposiciones que —junto con otras posteriores de carácter patrimonial— se concentran y recogen en la Nueva Recopilación (Libro V Título I “De los casamientos”) y en la posterior refundición y ampliación de ésta, la llamada Novísima Recopilación de 1804 (Volumen III, Libro X, Título V “De los hijos, su emancipación y legitimación”).

⁴ Como puede comprobarse, en la redacción original del Código Civil, y como venía siendo tradicional en el derecho histórico castellano desde la época romana, la patria potestad no se configuraba de forma compartida y dual de ambos progenitores sino exclusiva del padre, masculino y solamente de manera subsidiaria “..en su defecto”, por la madre. Algunos juristas de principios del siglo XX (Montero Ríos, García Baxter...) reclamaron la reforma del Código Civil porque observaban graves deficiencias en su articulado que impedía la protección de la infancia y particularmente respecto a su educación e instrucción: eran conscientes de que si entre el padre y la madre habría discrepancias en el modo de educar o sobre la conveniencia o manera de la instrucción de los hijos, se resolverían normalmente con la imposición absoluta de la voluntad del padre. (Véase en este sentido SANTOS SACRISTÁN, M. *Los malos tratos a la infancia: juristas reformadores y el debate sobre la patria potestad en el Código Civil español (1889-1936)*, Cuadernos de Historia Contemporánea, vol. 24, 2002, págs. 209-232). Esta configuración de potestad exclusiva paterna y subsidiaria materna continuó, —con el breve paréntesis del Art 43.2

no emancipados: 1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho...”⁵.

De modo que bien puede afirmarse que, en efecto, la previsión contenida en la Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526, en pleno siglo XVI, —si bien plasmada de forma tangencial, referencial u *obiter dicta*— posee un singular valor: Explícitamente se plasma en una norma escrita un deber paterno de alfabetizar (“enseñar a leer”) a los hijos menores de edad huérfanos de madre, integrado entre las facultades del *poderío paternal*; un deber paterno que no se dispuso en ninguna norma civil castellana reguladora de la *patria potestad* paterna hasta la promulgación del Código Civil en 1889. Añadidamente, en el precepto vizcaíno en ningún caso, dicho deber quedaba condicionado al nivel económico del padre tutor.

La originalidad de la mención dentro del Fuero Nuevo resulta fuera de toda duda en contraste con el ordenamiento jurídico común castellano en la época. Esta previsión foral resulta verdaderamente remarcable y destacable por la novedad de su explicitación legal.

de la Constitución de 1931, no desarrollado— hasta 1981 cuando se reformó el Art. 154 para que señalara “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre*”; actualmente tras la Ley 26/2015 preceptúa que “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores*”.

En el ámbito del País Vasco merece destacarse la reciente Ley 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores cuyo Art. 8 dispone la forma de ejercicio de la patria potestad, dual y compartida de manera idéntica a como lo hace el Art. 156 Código Civil “*La patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio y en interés de los hijos e hijas*”.

⁵ Actualmente, el vigente Art. 154 CC tras la Reforma de 1981 dice “*(Los padres deben) ... procurarles una formación integral*”.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paterno en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

Llegados a este punto, y para poner en valor la auténtica originalidad de este deber paterno en el contexto de la legislación de la época, conviene precisar que el deber paterno-filial de instrucción y alfabetización de los hijos no solamente se desplegaba tras la muerte de la madre, una vez nombrado tutor, sino que, en realidad, también se extendía ya constante matrimonio.

Se da cumplido desarrollo a este aserto a continuación exponiendo cómo entendió el legislador vizcaíno, redactor del Fuero Nuevo, que debían de desenvolverse las relaciones paterno-filiales constante matrimonio de los progenitores.

3. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES EN EL FUERO NUEVO DE VIZCAYA (1526): *PATRIA POTESTADVS PODERÍO PATERNAL*

El precepto del Fuero Nuevo de Vizcaya citado al inicio de este trabajo –“*Ley I.- A quien pertenece la tutela, y curaduría de los huérfanos*” – alude tangencialmente a un término o expresión: el “*poderío paterno*”. Se dice además que este *poderío* se ejerce por el padre “*en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar*”.

Inmediatamente surge un nuevo interrogante : Al hablar de “*poderío paterno*” ¿se estaba refiriendo el legislador vizcaíno de 1526 a la *patria potestad* del Derecho castellano de la época? O antes al contrario ¿se estaba refiriendo a una institución jurídica propia, distinta de aquélla, con caracteres y contenido propio?. Inicialmente, no resulta posible dar una respuesta directa a estas cuestiones a tenor de la literalidad de la norma foral.

El Fuero Nuevo de Vizcaya era ya, en sí mismo, un texto jurídico incompleto. Particularmente, no se encontrará una regulación completa

e integral sobre Derecho de las personas, Derecho de familia o con más precisión, sobre la cuestión relativa a las relaciones paterno-filiales.

Utilizando la terminología jurídica actual, ante un vacío normativo (denominado, técnicamente como *anomia*) queda obligado el intérprete a tratar de colmarlo utilizando los diversos instrumentos interpretativos de la norma a su alcance. Se está, por tanto, planteando la forma de interpretación e integración de las normas en el Fuero Nuevo de Vizcaya para colmar un vacío legal, una *anomia*; más en particular las normas relativas a las relaciones personales y patrimoniales paterno-filiales constante matrimonio.

En este sentido, conviene tener en cuenta cuando dice la Ley 3ª del Título XXXVI del propio Fuero Nuevo :

“...en los pleytos que ante ellos fueren de entre los Vizcayno n[o], sentencien, determinen, ni libren por otras Leyes, ni Ordenanzas algunas, salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya, (los que por ellas se pueden determinar) y los que por ellas no se pudieren determinar determinen por las Leyes del Reyno, é Pragmaticas de Su Alteza: Con que las Leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleytos de Vizcaya, y Encartaciones siempre se prefieran a todas las otras Leyes, e Pragmaticas del Reyno, y del Derecho Común...”.

Con claridad, el legislador vizcaíno de 1526, ante un vacío legal, remite a la aplicación, como derecho supletorio, de la leyes de Derecho común, es decir de las leyes vigentes sobre la cuestión en el resto del Reino —posteriormente, Corona— de Castilla: La aplicación, como derecho supletorio, de las leyes del Derecho común implicaba, como es sabido —al menos en la época en que fue redactado el Fuero— la remisión al conjunto normativo de la institución de la *patria potestad* contenida en *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio (1265) y en las Leyes de Toro (1505).

De hecho, los distintos y prestigiosos autores doctrinales que, a finales del XIX y principios del siglo XX, estudiaron el Fuero Nuevo vizcaíno

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

destacaron, en efecto, la ausencia en su seno de una regulación jurídica integral de las relaciones paterno filiales tanto en su aspecto personal como patrimonial. Todos ellos integraban esta *anomia* interpretando el Fuero Nuevo en parecidos términos: las explicaciones siempre bascularon entre la apelación a la costumbre y la remisión a la aplicación supletoria del Derecho de Castilla sobre la materia.

El jurista castellano Benito Gutiérrez Fernández⁶, a fines del s. XIX, en 1874, y estudiando las distintas instituciones propias de los Derechos Forales, se detiene en la falta de regulación de las relaciones paterno-filiales en el Fuero Nuevo de Vizcaya, explicándola con estas palabras:

“Sucede con esta legislación lo que con la de Navarra: ninguna de las dos define las relaciones jurídicas entre padres e hijos; y sin embargo se citan estas provincias como espejo de las familias y modelo del carácter patriarcal que la autoridad del padre reviste en los pueblos primitivos. Consiste esto en que el poder paterno saca su fuerza y prestigio, más que de la ley, de la tradición y de la costumbre y el País Vasco es hasta por su posición geográfica, eminentemente tradicional; consiste, sobre todo, en que su ejercicio se traduce por actos y preceptos que por todas partes y en todos los momentos y determinaciones de la vida, ponen de manifiesto ese poder y hacen que los hijos sientan sus efectos, sin necesidad de ser previamente regularizado y definido. Las legislaciones cuyo estudio hemos emprendido son especiales pero no defectuosas: téngase presente que como sucede en este punto (patria potestad) lo que ellas no hay previsto está subordinado a las prescripciones del derecho general de España”.

En los albores del siglo XX, otro insigne jurista, esta vez bilbaíno, Rodrigo Jado⁷, al tratar de escudriñar alguna disposición del Fuero Nuevo que

⁶ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre Derecho Civil Español. Examen comparado de las legislaciones especiales*, Librería de Sánchez, Madrid 1874, pág. 118

⁷ JADO VENTADES, R., *Derecho Civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y de la Dirección de los Registros Civil, de*

tratase sobre la *patria potestad* o en su caso, alguna otra institución jurídica autóctona reguladora de las relaciones paterno-filiales señalaba que:

“Bien fuese porque el Derecho de Castilla venía á suplir los vacíos del Fuero ó bien porque el derecho consuetudinario y los lazos que creaban los vínculos de la sangre bastaban para regular las relaciones jurídicas entre padres é hijos los que ordenaron el código de Vizcaya no consideraron necesario escribir una ley ó precepto en que se definiesen los derechos y deberes de los padres con respecto á las personas y bienes de los hijos”⁸.

Pueden sintetizarse las conclusiones que alcanzaron todos estos insignes comentaristas:

a).- Los redactores del Fuero Nuevo estimaron innecesario regular el contenido de derechos y deberes personales y económicos de relaciones paterno-filiales que se quedaría regido por la costumbre.

b).- En todo caso, no descartaban ni ponían objeción jurídica alguna a que, por remisión y a falta de regulación foral propia de relaciones paterno filiales, esta *anomía* podía quedar suplida por la regulación íntegra (aspecto personal y patrimonial) de la *patria potestad* de la normativa común

la *Propiedad y del Notariado precedidos de un estudio acerca del territorio en que rigen esas leyes*, Casa de la Misericordia, Bilbao, 1900, pág. 176 .

⁸ Añade este insigne comentarista aún algo más: “No puede menos de reconocerse que en el Fuero se notan grandes omisiones pues son muy cortas en número las leyes referentes al derecho civil, hasta el extremo de que puede afirmarse que sólo tratan de una materia, de la trasmisión de bienes raíces, lo que se explica teniendo en cuenta que los legisladores vizcaínos no se ocuparon más que de aquello que era peculiar o característico, digámoslo así, del derecho de Vizcaya, dejando que el derecho común, que era el supletorio, viniese á completar todo lo demás; y como lo que caracterizaba el derecho de Vizcaya era el sistema de la troncalidad en la trasmisión de los bienes raíces de aquí el que relativamente sean bastantes en número las leyes referentes á las sucesiones, donaciones y retracto foral, mientras apenas si se encuentra alguna que otra ley concerniente al tratado de las personas y al de las obligaciones y contratos”. JADO VENTADES, R., *Derecho Civil de Vizcaya...*; *op. cit.*, págs. 230-231.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

castellana que actuaba así como derecho supletorio (tal y como dispone la Ley 3ª del Título XXXVI del Fuero).

No obstante puede constatarse un hecho llamativo: Si la institución jurídica que había de regir las relaciones paterno-filiales en la Vizcaya de 1526 constante el matrimonio de los progenitores fuese la *patria potestad* castellana vigente en aquella época, la situación que se presentaría resultar un tanto chocante: el padre vizcaíno viudo estaría obligado legalmente a instruir y alfabetizar a su hijo huérfano de madre pero no lo estaría en vida de ésta, constante matrimonio, porque tal deber no se preveía en la legislación castellana de Derecho común.

Este estado de cosas resulta incongruente. Es obvio que acudir al mecanismo de la aplicación como Derecho supletorio de las instituciones jurídicas imperantes y vigentes en cada época propias del Derecho de la Corona de Castilla colmando este vacío legal produce un resultado insatisfactorio.

Ahora bien, ¿es posible hallar otros recursos en el Fuero Nuevo (1526) que permitan una exégesis autointegradora de dicha norma? Es más, ¿es totalmente cierto que el Fuero Nuevo de Vizcaya no contuviera ninguna institución jurídica propia reguladora de las relaciones paterno filiales?

En este sentido, llama poderosamente la atención que el jurista Gregorio Balparda⁹ en su estudio crítico del (frustrado) Proyecto de Apéndice al Código Civil expusiera que en realidad no existió nunca *anomia* pues detalla que la Comisión formada a tal efecto en 1900¹⁰:

⁹ BALPARDA, G., *El Fuero de Vizcaya en lo civil. Estudio crítico del Proyecto de Apéndice del Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales*, Casa de la Misericordia, Bilbao, 1903, pág. 53.

¹⁰ La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 —por la que se autorizaba al Gobierno a aprobar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma— dispuso, en su artículo 5.º, que las provincias y territorios en que subsistía el Derecho

“...con excelente acuerdo, ha prescindido de algunas leyes del Fuero (Nuevo), mereciendo citarse entre ellas ; (...) Las del tít. XXII que contiene sobre la patria potestad y la tutela disposiciones casi idénticas á los del Código civil”.

La expresión empleada por el insigne jurista da a entender que existían disposiciones jurídicas propias en el Fuero Nuevo vizcaíno relativos a las relaciones paterno-filiales si bien resultaban ser “*casi idénticas*” a las recogidas en el Código Civil regente en la España del año 1900.

Estas palabras resultan reveladoras y constituyen la clave que permitirá desentrañar las cuestiones que se han ido planteando hasta aquí.

Foral lo conservarían por ahora en toda su integridad, sin que sufriera alteración su régimen jurídico por la publicación del Código Civil, «que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

La misma ley ordenó al Gobierno que, oyendo a la Comisión de Codificación, presentara a las Cortes, en uno o varios proyectos de ley, los Apéndices del Código Civil en los que se contuvieran las instituciones forales que conviniera conservar en cada una de aquellas provincias o territorios donde a la sazón existían.

El Real Decreto de 17 de abril de 1889 mandó que se nombraran por el Gobierno las Comisiones especiales encargadas de llevar a cabo tal labor, y por Real Decreto de 24 de abril del mismo año fue designada la Comisión especial que había de redactar el anteproyecto de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava. El 9 de febrero de 1900 celebró esta Comisión su última sesión y dio por terminado su encargo.

La aspiración de Vizcaya y Álava por tener un Código que contuviera aclaradas, ordenadas y sistematizadas sus leyes forales de Derecho Civil, dio lugar a que la Diputación Provincial y el Colegio de Abogados nombraran de su seno Comisiones especiales para dictaminar el proyecto elaborado por la Comisión, cometido que fue cumplido por el Colegio de Abogados de Bilbao, en informe producido el 15 de noviembre de 1928.

De nuevo, como fruto del Congreso de Derecho Foral de Zaragoza, el Decreto de 23 de mayo de 1947 reconsideró el problema que no resuelto satisfactoriamente hasta 1959 cuando, abandonada definitivamente la óptica apendicular, fue aprobada la Compilación de Derecho Foral de Vizcaya y Álava por Ley 32/1959 de 30 de julio.

4. EL PODERÍO PATERNAL: UNA CATEGORÍA JURÍDICA PROPIA Y DISTINTIVA DEL FUERO NUEVO DE VIZCAYA (1526) REGULADORA DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

Llegados a este punto, conviene recordar nuevamente el contenido del precepto del Fuero Nuevo de Vizcaya citado desde el inicio de este trabajo, “*Ley I.- A quien pertenece la tutela, y curaduría de los huérfanos*”. Cumple reiterar que, en su desarrollo normativo, se alude tangencialmente a un término o vocablo: el “*poderío paternal*”, que se ejerce por el padre “*en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar*”.

Desde un punto de vista meramente etimológico, lo cierto es que el término poderío no es más que la traducción en romance castellano del vocablo latino *potestas*. Y así, podemos encontrarlo en diversos pasajes de *Las Partidas* (1265):

“Que cosa es el poder que ha le padre sobre sus fijos, de qual natura quier que sean.- Patria potestas en latín, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos (...) [Partida IV, Título XVII, Ley I].

“En quantas maneras se puede entender esta palabra potestas. Toma se esta palabra, que es llamada en latin potestas, que quiere tanto dezir en romance, como poderío, en muchas maneras (...) [Partida IV, Título XVII, Ley III].

“El poderío que han los padres sobre los fijos, se establece en quatro maneras. La primera es, por el matrimonio, que es fecho segund manda santa elesia. La segunda es, como si acaesciese contienda entre algunos si eran padre o fijo e fuesse dado juyzio acabado entre ellos que lo eran: La tercera, es como si el padre ouiesse al fijo librado de su poder, e despues desto fiziesse el fijo algund yerro contra el padre, quel ouiesse

atornar en su poder. La quarta es, por adopción: que quier tanto dezir, como porfijamiento (...). [Partida IV, Título XVII, Ley IV]¹¹

De hecho, en 1526 cuando se redacta el Fuero Nuevo de Vizcaya, el término poderío paternal como traducción al romance castellano del vocablo latino *patria potestas* forma parte de la terminología jurídica contemporánea sobre relaciones familiares siendo utilizada aquel de manera mucho más frecuente que el latino. En la obra “*Las leyes de todos los Reinos de Castilla abreviadas y reducidas en forma de repertorio decisivo por orden de ABC*” de Celso Hugo de Descousu también llamado Dissutus (1537) siendo reina regente Juana de Castilla, se define “*poderío paternal*” de este modo:

“Dícese un derecho que tienen todos los padres sobre sus hijos, nietos y otros descendientes suyos por línea derecha siendo los tales nacidos de legitimo casamiento (Leyes 1 y 2 del Título XVII de la Partida Cuarta). Empero la madre ni los ascendientes de ella no han en su poder”.

Cabe concluir que el Fuero Nuevo, al hablar de poderío paternal estaba utilizando un término semántico propio de la época —1526— que etimológicamente puede identificarse con *patria potestas* pero que de ningún modo cabe identificarlo con el concepto jurídico de *patria potestas* del Derecho castellano de la época.

Se puede afirmar que, en la Vizcaya de 1526, las relaciones paterno-filiales se desenvolvían bajo el régimen de *poderío paternal*, el *poderío* del padre, consitiendo éste en una institución jurídica que se desplegaba con idénticas facultades —derechos y deberes, incluido el deber de alfabetizar a los hijos— tanto constante matrimonio, en vida de la madre, como a la muerte de ésta; incluso cabe afirmar que este régimen demuestra una especial sen-

¹¹ Texto tomado de “Los códigos españoles concordados y anotados (1847-1851)”. Imprenta de la Publicidad a cargo de M. Rivadeneyra, Madrid, 1847-1851. Disponible en IURIS Digital Biblioteca Virtual de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

sibilidad tuitiva y que fue pionero en la protección personal de los hijos con relación al Derecho castellano, Derecho común, al que se adelantó varios siglos. En efecto, cuando Jado y Gutiérrez solucionan la *anomia* del Fuero Nuevo de Vizcaya sobre las relaciones paterno-filiales remitiéndose a la regulación Derecho común hispano con absoluta naturalidad y cuando Balparda “identifica” las regulaciones de la *patria potestad* contenida en el Fuero Nuevo de Vizcaya y en Código Civil estaban refiriéndose todos ellos al Derecho común, al Código Civil vigente desde finales del XIX en España. Es decir, lo que estos autores trataban de decir es que las facultades propias de la regulación de la tutela paterna tras la premoriencia de la madre en el Fuero Nuevo de Vizcaya vendrían a coincidir con las facultades características de la patria potestad según el Derecho común vigente en España a partir de 1889, esto es en el Código Civil original, regulación notoriamente distinta a la regulada anteriormente en *Las Partidas*.

En el Código Civil de 1889, en el aspecto patrimonial de la *patria potestad*, se hizo desaparecer el sistema de peculios de *Las Partidas* y se estableció un régimen protector y tuitivo de la persona y los bienes¹² del

¹² A título meramente ilustrativo se recoge a continuación la nueva regulación de los aspectos patrimoniales de la patria potestad, según la redacción original del Código Civil de 1889. Se disponía ahora:

Artículo 154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre. Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.

Artículo 159. El padre o, en su defecto, la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Artículo 160. Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

hijo menor de edad. De hecho, en el aspecto personal, como se ha reseñado en líneas precedentes, en su redacción original, el Código Civil de 1889 señalaba explícitamente en su Art. 155:

“El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados: 1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho...”.

Por tanto, el régimen personal de las relaciones paterno-filiales de la *patria potestad* según el Código Civil de 1889, por su configuración tuitiva, resultaría perfectamente asimilable al régimen de tutela paterna

Artículo 161. Pertenece a los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo o parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstas imputables en la herencia.

Artículo 162. Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes o rentas donados o legados para los gastos de su educación e instrucción; pero tendrán su administración el padre o la madre, si en la donación o en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Artículo 163. Los padres tienen, relativamente, a los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo o administración, las obligaciones de todo usufructuario o administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del título 5.º de la Ley Hipotecaria. Se formará inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

Artículo 164. El padre o la madre, en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria.

Artículo 165. Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. El Juez, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste, a otro pariente o a un extraño.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

tras la premoriencia de la madre establecido en el Fuero de Vizcaya de 1526. La única diferencia consistiría en que en el Código Civil de 1889 la muerte del padre continuaba sin desencadenar el discernimiento de *tutela* del hijo huérfano —como acaecía en el Fuero vizcaíno— sino que la potestad sobre los hijos menores pasaba automáticamente a la madre (“*en su defecto*”) siempre que no se casase en segundas nupcias. Pero, por lo demás, el contenido personal de la patria potestad regulada en el Código Civil de 1889 podría aplicarse sin excesivas dificultades a los progenitores aforados tras la muerte de uno de los progenitores. Se entiende así ahora perfectamente que estos autores de inicios del siglo XX asuman esta conclusión con naturalidad: la legislación de Derecho común reguladora de las relaciones paterno-filiales ya había alcanzado las cotas “protectoras” de la normativa del Fuero Nuevo.

Pero desde luego resulta incuestionable que la institución jurídica de la *patria potestad* anterior al Código Civil —se insiste en esta matización— no podía identificarse jurídicamente con el *poderío paternal* vizcaíno. Aquella clase de *patria potestad* no encajaba jurídicamente en el sistema diseñado en el Fuero Nuevo pues daba lugar a soluciones insatisfactorias; por tanto resulta mucho más satisfactorio desde un punto de vista jurídico estimar que el *poderío paternal* foral presentaba caracteres propios y distintivos frente a aquella institución castellana de Derecho común.

Un rasgo distintivo del *poderío paternal* vizcaíno en su aspecto personal con respecto a la *patria potestad* del Derecho común de la Corona de Castilla ha sido reiterado con insistencia en las líneas que preceden: el Fuero Nuevo determinaba legalmente, de manera explícita, el deber del padre tutor de su hijo a su alfabetización, tras la muerte de la madre, como no lo hacían *Las Partidas* ni leyes comunes castellanas anteriores al Código Civil.

Se ha afirmado también precedentemente que se juzga incuestionable que el *poderío paternal*, del padre, terminológica y tangencialmen-

te¹³ referido en el Fuero Nuevo, consistió en una institución jurídica que se desenvolvía con idénticas facultades de carácter personal —derechos y deberes, incluido el deber de alfabetizar a los hijos— tanto constante matrimonio —en vida de la madre— como a la muerte de ésta.

Diversos autores han defendido esta tesis con anterioridad. Es especialmente sugestiva la formulada por la jurista Itziar Monasterio¹⁴ quien estima que, de la lectura del texto de la Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya, en el contexto de la tutela, queda reconocido de modo indirecto la figura jurídica del *poderío paternal* que de modo nuclear consiste en “*criar y alimentar, y enseñar, y rezar, leer, y lo al, según que conviene al tal padre para con sus hijos*”, es decir, la crianza y alimentos, comprendiendo dentro de los mismos la formación humana y cultural.

En esta misma línea, se tiene constancia de la óptica institucional del Gobierno Vasco en relación a la naturaleza y alcance de esta figura jurídica. El ente autonómico asume la tesis de la mentada jurista en su integridad tal y como expone en el trámite de alegaciones en el contexto de una Cuestión de Inconstitucionalidad planteada en el año 2017 por un Juzgado de Primera Instancia vasco ante el Tribunal Constitucional frente a la Ley del Parlamento Vasco 7/2015 de relaciones familiares tras la separación o ruptura de los progenitores¹⁵: a juicio del representante de

¹³ Cabe recordar la tangencial referencia contenida en la Ley I del Título XXI del Fuero Nuevo: “...*el padre tiene poderío paternal en los hijos, en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar; pero no la madre*”.

¹⁴ MONASTERIO AZPIRI, I. “Estudio Introductorio” en *Gobierno y bienes de los menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Vizcaya (1646-1902). Jurisdicción Voluntaria*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), 2004, tomo 2, volumen 1, págs. X y XI

¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno) 77/2018, de 5 de julio de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 2764-2017 planteada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Eibar en relación con diversos apartados del artículo 11 de la Ley del

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

Gobierno Vasco, ciertamente, nada dice el Fuero Nuevo sobre el *poderío paternal* concurriendo matrimonio de ambos progenitores, pero la razón de tal omisión ha de encontrarse en la falta de necesidad de su regulación, en la medida en que la administración y crianza de los hijos era proveída con naturalidad y, al menos en su vertiente patrimonial, los conflictos y cautelas pudieran quedar subsumidos en la regulación del régimen de comunicación foral de bienes. Ello lleva —se añade— a considerar que, dada la igualdad de los cónyuges a la hora de administrar el patrimonio conyugal, aunque atribuido formalmente al padre (*“porque el padre tiene poderío paternal en los hijos, en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar; pero no la madre”*), era sin embargo ejercido de forma más o menos consensuada o compartida por ambos progenitores. Sin embargo, —se dice— disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges (única causa legal de disolución del matrimonio entonces), es cuando la ley foral entra con claridad a establecer normas. El Fuero Nuevo habla también del contenido de este poderío paternal convertido en tutela, imponiendo al padre obligaciones que desde luego no se circunscriben a lo meramente patrimonial, sino que se extienden también a lo personal, abarcando la totalidad de las relaciones padre-hijo (*“Con tal, que sea tenuto de regir, y administrar bien, fiel, y legalmente las personas, y bienes de ellos, y de los criar, y alimentar, y enseñar, y rezar, leer, y lo al, según que conviene al tal padre para con sus hijos”*). Lo que se aplica también a la tutela de la madre supérsite sobre sus hijos (*“y la dicha solemnidad de tutriz, tenga en su poder á sus hijos, y á sus bienes, gobernándolos, y criándolos, y arrendando, y aliñando los bienes de ellos, todo el tiempo que estuviere en hábito viudal”*); no obstante, a pesar de ostentar este *poderío paternal* sobre sus hijos menores, es notable que el padre viudo debe ser discernido judicialmente en el cargo de tutor (o curador,

Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE N° 189 Secc. TC pág. 79377 de fecha 06 de agosto de 2018).

si el menor es ya púber), cumpliendo con las mismas formalidades y con las mismas limitaciones que exige al tutor extraño. Lo que se aplica también cuando es la madre viuda la instituida en tutora. Asimismo, este *poderío paternal* se extingue por matrimonio del hijo, por segundas nupcias del padre, por emancipación del hijo a petición del menor cumplidos los 18 años y probada su capacidad, o por haber alcanzado los 25 años.

A juicio del representante del Gobierno autonómico, en conclusión, estas notas distinguen al *poderío paternal* y la tutela de padre y madre en el Derecho de Bizkaia de la figura de la patria potestad en el Derecho común, y dista de la situación en la que está el padre en Castilla; esta distinción, por lo demás —se añade— estaba presente en la Doctrina, todavía en el año 1900, tal como atestiguan numerosos e importantes trabajos doctrinales.

A partir de lo expuesto, la configuración del *poderío paternal* habría de relacionarse del siguiente modo:

- Se trataría de una institución sobre la que no existió un desarrollo completo y global de sus facultades en el Fuero Nuevo más allá de su tangencial alusión en la Ley I del Título XXII.

- La titularidad correspondería en exclusiva al padre (“*paternal*” y “*pero no la madre*”, dice el precepto).

- En cuanto a su dinámica, se extinguiría con el matrimonio del hijo, o en general, con su emancipación. Por ello, el *poderío paternal* foral regía sobre el hijo tanto constante matrimonio como disuelto el matrimonio de sus progenitores por muerte de la madre. Esta afirmación se desprende de la exégesis literal del precepto tantas veces repetido del Fuero Nuevo; se afirma con rotundidad y taxatividad que “*el padre tiene poderío paternal en los hijos, en todo el tiempo que el hijo estuviere por casar...*”. Por tanto es lógico y natural poder afirmar que la muerte de la madre no afecta a la vigencia del poderío paternal.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

- Respecto a su contenido, en su aspecto personal supondría la obligación del padre de la crianza, cuidado, educación y alimentación del hijo, comprendiendo dentro de los mismos la formación humana y cultural “según que conviene al tal padre para con sus hijos”.

5. LOS DIFERENTES ESTADÍOS LEGALES DE DERECHO PÚBLICO EN EL TERRITORIO VIZCAINO EN TORNO A LA OBLIGACIÓN DE ESCOLARIZACIÓN, INSTRUCCIÓN DE LOS HIJOS: LA EFICACIA DEL DEBER PATERNO DE ALFABETIZACIÓN DE LOS HIJOS

Se expuso al inicio de este trabajo que resulta un hecho cierto e incontestable que ya desde los siglos XIV y XV se tiene constancia de la presencia de numerosísimos oriundos del territorio de Vizcaya, de “vizcaínos”, en el seno de la Corte del Reino –después Corona– de Castilla o posteriormente en Administración central de los Monarcas hispánicos de los siglos XVI al XVIII, donde se destacaban precisamente por ostentar cargos administrativos o políticos que requerían un cierto grado de instrucción y formación: Escribanos, miembros de Consejos, Secretarios, Contadores, Veedores, empleados...¹⁶.

¹⁶Véase en este sentido, IMIZCOZ, J.M., *Las élites vasco-navarras y la monarquía hispánica: construcciones sociales, políticas y culturales en la edad moderna*, Cuadernos de Historia Moderna, 2008, vol. 33, págs. 89-119. No obstante, el origen de estas “hornadas” de funcionarios cortesanos reales habría que situarlo fundamentalmente en los hijos “segundones” de la nobleza o hidalguía local o provincial vizcaína que, desplazados de su solar familiar por la institución del Mayorazgo, se veían obligados a mejorar su formación intelectual de la Universidad o de las pequeñas cortes nobiliarias para acabar prestando sus servicios, finalmente, en la Corte Real. (GARCÍA DE CORTAZAR, J.A., y otros, *Vizcaya en la Edad Media, Evolución demográfica, económica, social y política de la comunidad vizcaína medieval*, Tomo III, Haranburu Editor, San Sebastián, 1985, pág. 70).

En cualquier caso, a fuer de ser sinceros, es innegable que cualquier predisposición personal, conciencia social o cualquier previsión o referencia legal de carácter de Derecho privado, incluso tan explícita y bienintencionada como la contenida en el Fuero Nuevo de Vizcaya que obligue a los padres a la alfabetización o la instrucción de los hijos siempre resulta insuficiente para el cumplimiento efectivo de este imperativo; este verdadero cumplimiento, en definitiva, y por la vía de los hechos, queda condicionado a otros factores apegados a la realidad material; fundamentalmente, el nivel cultural y la capacidad económica de los padres, el entorno poblacional de residencia (entorno rural o urbano), el sexo del hijo.

Relevante resulta analizar el factor relativo a las posibilidades efectivas de acceder a la instrucción reducidas bien al ámbito doméstico (directamente por el padre o de forma vicarial a través de preceptores y maestros particulares o ayos) bien mediante la escolarización en los centros de enseñanza públicos o privados civiles o religiosas. Es cierto que no se ha hallado, hasta el presente, constancia documental del funcionamiento de Escuelas de primeras letras en Vizcaya hasta principios del siglo XVI, pero parece evidente que esto no quiere decir que antes de ese siglo no hubiera una preocupación escolar y cultural, o una siquiera elemental infraestructura escolar. No de otra forma podría entenderse la indispensable formación humanística de esa pléyade de escribanos, secretarios, contadores y empleados vizcaínos de la administración real central a la que se aludía antes.

Está contrastado que en la Vizcaya de los siglos XVI al XVIII existieron algunos centros de enseñanza. Como es sabido, eran las parroquias y las instituciones eclesíásticas en general las que tenían especialmente encomendadas las tareas de caridad y enseñanza; de ahí que intentaran desarrollar una importante acción social y educadora, fundando los “colegios de doctrinos” (recogimientos de niños de la doctrina cristiana) y escuelas de primeras letras y doctrina cristiana, además de otros centros

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

docentes. que funcionaron en municipios como Orduña (1536), Portugalete (1566), Lekeitio (1591), Amorebieta (1593); el Concejo de Portugalete, en concreto, contrata a un maestro por dos años “*para enseñar y adoctrinar los mochos como hasta aquí se ha usado con otros maestros*”, dando a indicar que era el ayuntamiento quien abonaba al maestro sus haberes. La autonomía de los municipios, tanto en la organización escolar como en la contratación de los maestros, será una constante en el País Vasco hasta bien entrado el siglo XIX. Como en otras partes, a comienzos del siglo XVI aparece nombrada en Bilbao la figura del “doctrinador o maestro de instrucción primaria”; también hay noticias sobre las escuelas de “doctrinos” o similares en Orduña (1536) y Elorrio (1545), que como otras de su género serían gratuitas y abiertas a todos los niños, más allá de su “circunstancia” social. En el mismo siglo XVI, se conoce la existencia de varias otras escuelas de primeras letras. Durante el siglo XVII, y al igual que en las demás provincias, se generalizan los niveles culturales y se tienen noticias sobre nuevas escuelas de enseñanza primaria, como la de Otxandio, Gordexola, Elorrio, Durango, etc. En Bilbao, se completa esta enseñanza por maestros particulares y por instituciones religiosas. En las escuelas de primeras letras se enseñaba la doctrina cristiana y a leer, escribir y contar, objetivo que se extendió en muchos casos hasta el primer tercio del siglo XIX. Los maestros estaban, por lo general, deficientemente instruidos y mal pagados, y por esto solían compaginar esta enseñanza con otros oficios, como el de sacristán, organista etc.

Junto a este corto bagaje intelectual, transmitido y repetido a lo largo de los años con un cierto inmovilismo y persistencia, cabe señalar como otra característica propia de esta instrucción tradicional el mérito especial que se daba a la buena caligrafía, una especialidad cultural y educativa del País Vasco. En el siglo XVIII funcionaron las escuelas y los colegios jesuíticos de Lekeitio, Bilbao y Orduña. Es también necesario poner de relieve el hecho ilustrado representado por la Real Sociedad Bascongada de Amigos

del País, que intentó superar el atraso generalizado existente en esta época, a través de la renovación de la instrucción básica y la formación de buenos artesanos. Su afán reformador, que actuó con un criterio utilitario tanto en la educación como en el progreso de la riqueza de los pueblos, estaba dirigido especialmente hacia las áreas de la renovación de los métodos y contenidos de la enseñanza, la incorporación de métodos de escritura y lecturas en las escuelas públicas y la valoración y reconocimiento de la profesión del magisterio. Otra de las grandes preocupaciones de la Sociedad fue la creación de escuelas gratuitas de formación profesional: en las Juntas Generales de 1774 se determinó el establecimiento de una escuela de dibujo en cada una de las tres provincias vascas (Vizcaya, Gipuzkoa y Álava), ya que los conocimientos en esta materia se consideraban muy útiles para cualquier tipo de artesano. La escuela de dibujo establecida en Bilbao, cuyo éxito fue notable durante el primer año, con más de cien alumnos, funcionó hasta 1793, con más o menos altibajos. En el Real Seminario Patriótico Bascongado de Bergara había alumnos procedentes de Vizcaya, Gipuzkoa, Álava y de Navarra, además de un importante porcentaje de seminaristas procedentes de otras latitudes de la Monarquía y de las colonias de Ultramar¹⁷.

No menos relevante resulta evaluar, en fin, la existencia o no en el territorio vizcaino de un reconocimiento público e institucional de un derecho a la instrucción básica obligatoria y una asunción pública del deber de vigilancia de su cumplimiento por parte de los alumnos y padres. Y es que, finalmente, en efecto, la cuestión del deber parental de instrucción de los hijos remite también al tema del derecho a la instrucción básica y obligatoria de niños y jóvenes bien en la Escuela —escolarización— bien en el ámbito doméstico, estando ambos conceptos íntimamente relacio-

¹⁷ Artículo relativo a “Vizcaya. Educación y Cultura” que aparece en la Enciclopedia Auñamendi—Fondo Bernardo Estornés Lasa y que puede consultarse en Euskomedia, la Fundación de Eusko Ikaskuntza-Sociedad de Estudios Vascos disponible en <http://www.euskomedia.org/aunamendi>).

*El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en
el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva*

nados. En efecto, el derecho a la instrucción básica y obligatoria, como todo derecho tiene su contrapartida o deber, consistente en la obligación por parte de los poderes públicos, de garantizar el acceso a todas las personas en edad de escolarización, sin restricciones, a la educación gratuita; por parte de los progenitores, de educar a los hijos y procurarles una formación integral; y por parte de los estudiantes, de asistir a la escuela y aprovechar la educación que se les proporciona.

En esta tesitura, lo cierto es que el derecho a la escolarización o en general a la instrucción básica obligatoria, históricamente en España, ni siempre ha estado reconocido, garantizado y asumido por las instituciones públicas en Escuelas ni, cuando la han asumido, se han ocupado siempre de velar, vigilar, fiscalizar e inspeccionar que se cumpliera por parte de los padres arbitrando medidas para evitarlo.

En este terreno resulta destacable cómo habrá de ser en la época del Despotismo Ilustrado cuando encontremos la primera reglamentación hispana sobre la materia. Aunque ninguna de las disposiciones contenidas en la Novísima Recopilación de 1805 reconocía el derecho a la instrucción básica, en su Título I del Libro IV sí que se recogía una reglamentación, —elemental eso sí— sobre formación de profesores, dotación de escuelas, planes de estudios, libros de texto, métodos de enseñanza...

En cuanto al deber de vigilancia y velo institucional del cumplimiento del deber de los padres de instrucción de sus hijos, existía una Real Orden de 12 de julio de 1781 dictada por Carlos III que ha sido considerada por algunos historiadores como el documento que señala la orden de obligatoriedad de la enseñanza en España. Se trata de una lectura admisible, aunque siempre dejará dudas:

“... que las Justicias amonesten a los padres y cuiden de que éstos, si fueran pudientes, recojan a sus hijos e hijas vagos, les den la educación conveniente, aprendiendo oficio, o destino útil, colocándolos con amo o maestro”.

Y añade que:

“...cuando fueran huérfanos estos niños y niñas vagantes, tullidos, ancianos o miserables, vagos o viciosos los mismos padres, tomen los Magistrados políticos las veces de aquéllos, y supliendo su imposibilidad, negligencia o desidia, reciban en sí tales cuidados de colocar con amos o maestros a los niños y niñas, mancomunando en esta obligación no sólo a las Justicias, sino también a los Regidores, Jurados, Diputados y Síndicos del Común”.

Sin embargo, la interpretación como decreto nacional que hará obligatoria la enseñanza se ve reforzada por la Real Orden Circular del Consejo de 6 de mayo de 1790 (bajo el reinado de Carlos IV) con referencia a lo expuesto en esta Real Orden de julio de 1781 se recordaba en primer lugar el contenido esencial de ésta y con claridad respecto a la responsabilidad de los padres por la falta de escolarización o instrucción de sus hijos disponía que la Real Orden de 1781 se dictó “*para tratar los medios de enmendar y corregir la educación, ociosidad y resabios que se pasan de padres a hijos, haciendo a aquellos responsables*”. A tal fin, la Circular de 1790 encargaba a los Corregidores y Alcaldes mayores “*el cumplimiento de estas disposiciones... y mandó que tomando las noticias necesarias de todas las Villas y lugares de su partido... informasen en quales faltan escuelas de primera letras y enseñanza...*”. Ambas disposiciones son referidas en la Ley VIII del Título I del Libro IV de la Novísima Recopilación de 1805.

Cuando se trata de legislación sobre obligatoriedad escolar merece destacarse el caso particular de Navarra, pues la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1780/1781 es muy clara al respecto; permite considerarla entre las disposiciones vanguardistas de Europa, posiblemente después del caso de Prusia y el de Austria. Esta Ley 41 trata sobre «*Providencias para el establecimiento de Escuelas de niños y niñas, con separación, en los pueblos de este Reyno, y calidades que deben tener los maestros y las maestras*» (Cuaderno Leyes, 1780/81). Su aportación más decisiva a la historia de la educación es la de-

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

claración de obligatoriedad y de gratuidad escolar para niños y niñas comprendidos entre cinco y doce años de edad. La obligatoriedad en el caso de los niños es absoluta y total, llegándose a arbitrar en su artículo VII un sistema de multas para “*los padres y demás personas a quien están subordinados*” que contravengan la Ley. Ya en el siglo XIX, habrá de ser la primera de las Constituciones españolas, la de Cádiz de 1812 la que consagre también por primera vez constitucionalmente el derecho de instrucción básica de los niños y su consiguiente deber público de proporcionarla. A pesar de ello, la configuración de este derecho a la instrucción pública fue desplegándose a lo largo del siglo XIX. Particularmente, fue mucho más tarde cuando se desarrolló alguna disposición respecto a su obligatoriedad así como respecto a la asunción institucional del deber de vela y vigilancia del cumplimiento de esta obligación por los padres, puede comprobarse las siguientes normas de carácter gubernativo o administrativo: El Art. 26 de la Ley Provisional de Primera enseñanza de 21 de julio de 1838:

“Siendo una obligación de los padres el procurar a sus hijos, y lo mismo los tutores y curadores respecto de las personas a su cuidado, aquel grado de instrucción que pudiera hacerles útiles a la sociedad y a si mismos, las comisiones locales procurarán por cuantos medios les dicte su conciencia estimular al cumplimiento de este deber importante, aplicando al propio tiempo, toda su ilustración y su celo a la remoción de los obstáculos que lo impidan”.

De manera más coercitiva, la Ley Moyano de Instrucción Pública de 1857 (con vigencia efectiva de apenas dos años pero que contendrá el fundamento del ordenamiento legislativo del sistema educativo español hasta finales del siglo XX) en cuyo Art. 7 se dispone que:

“los padres y tutores o encargados enviarán a las Escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas o en establecimiento particular”.

y su Art. 8 que:

“los que no cumplieren con este deber, habiendo Escuela en el pueblo o a distancia tal que puedan los niños concurrir a ella cómodamente, serán amonestados y compelidos por la Autoridad y castigados en su caso con la multa de 2 hasta 20 reales”¹⁸.

Tratando de hallar elementos objetivos que pudieran respaldar una respuesta a los interrogantes que se planteaban en la tesis de este trabajo, en línea de principios, cabría plantearse el análisis de su grado de eficacia de la alfabetización de los hijos tanto en su aspecto positivo (cumplimiento) como negativo (incumplimiento), intentando hallar algún rastro estadístico o testimonio documental que los pongan de manifiesto. Respecto a su grado de eficacia o cumplimiento, en su aspecto positivo, la tentación sería acudir a datos estadísticos y comprobar si existieron en esos tiempos tasas de analfabetismo significativamente inferiores en Vizcaya con respecto al resto de territorios hispanos. Sin embargo, en este caso, la medida de la alfabetización es un problema complejo porque no nos han llegado —ni probablemente existieron— estadísticas sobre los niveles de alfabetización en la época de los siglos XVI y XVII. No obstante, una respuesta afirmativa —si quiera sea por indicios— a la pregunta lanzada se antoja un tanto arriesgada cuando no, osada; es evidente que en las distintas tasas de alfabetización en los cada territorio y época influyen, como queda dicho, numerosos factores, además de los culturales o morales: económicos, sociales, políticos, religiosos, geográficos... y ello sin olvidar diferencias en función del género (hombre o mujer), edad o entorno poblacional (urbano o rural)...

¹⁸ Un estudio y reseña amplia de esta legislación estatal desde el Despotismo Ilustrado (siglo XVIII) hasta la época de la postguerra civil puede consultarse en Historia de la Educación en España, Breviarios de Educación, Ministerio de Educación y Ciencia, tomos I, II, III, IV y V. Todos ellos están disponibles en formato pdf en <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/busqueda.action>

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

En Vizcaya, como territorio vasco parlante, la complejidad de la respuesta, siquiera estimativa, es aún mayor al introducirse el factor de la presencia de las dos lenguas: el castellano y el euskera. Téngase en cuenta además que las disposiciones de Derecho Privado contenidas en el Fuero Nuevo no regían en todo el territorio vizcaíno sino solo en la Tierra Llana ya que en las Villas vizcaínas se aplicaba el Derecho Privado castellano. En resumen, aunque fuera por simple estimación, resulta improbable una relación directa entre un posible (por lo demás, no acreditado) mayor grado de alfabetización de menores en la Vizcaya del siglo XVI simplemente valorando un factor moral o su reflejo en un texto legal.

Ello no obstante, Viñao¹⁹, un estudioso en la materia de la historia estadística de la alfabetización en España lanza la siguiente reflexión: “*Tampoco hay que desdeñar la influencia favorable o desfavorable hacia la alfabetización de factores que podríamos llamar culturales por estar relacionados con determinadas formas de pensar o mentalidades. ¿Cómo explicar sino el hecho de que el mayor número de fundaciones docentes de escuelas de enseñanza primaria —es decir, el ejercicio de la filantropía privada en relación con la educación elemental—, desde el siglo XVI al XIX, se halle en las provincias de Álava, Ávila, Burgos, León, Lérida, Santander, Vizcaya y en las de Galicia y Asturias?*”

Respecto a estadísticas oficiales de épocas posteriores, los siglos XIX y principios del XX, donde los aspectos que más influyen son los de índole económico (industrialización), social (inmigración) y político (escolarización pública) muy por encima de la índole cultural, este mismo autor destaca que la fase conocida con el nombre de “transición de la alfabetización”, aquella en la que el porcentaje de alfabetización de la población adulta pasa de niveles inferiores al 30-40% a niveles superiores al 70%

¹⁹ VIÑAO FRAGO, A. “La alfabetización en España: un proceso cambiante de un mundo multiforme”, Revista Efora, vol. 3, marzo de 2009; *Historia de un largo proceso (La alfabetización en España)*. Cuadernos de Pedagogía, n° 90, marzo, 1989.

—es decir, desde la alfabetización restringida a la casi generalizada—, o supera el umbral intermedio del 50 %, no tendría lugar en España, como en otros países, en las mismas fechas en todas las provincias, grupos o categoría sociales y sexos. Desde el punto de vista territorial, dicho umbral intermedio se había alcanzado ya en 1860 en casi todas las provincias de Castilla-León, en Cantabria y en Álava. A ellas seguirían, en dicho siglo, Asturias, Barcelona, Madrid, Navarra, La Rioja y precisamente, Vizcaya. En las estadísticas oficiales de 1877, Vizcaya aparece con un 50% de tasa analfabetismo frente al 30% de Álava y el 66% de la media nacional²⁰.

Por su parte Liébana²¹ destaca a propósito del estudio sobre analfabetismo en España analizando sus causas económicas, geográficas y educativas mediante los datos de los censos de 1910 y 1920 que eran tres eran los factores determinantes para el analfabetismo: el carácter urbano o rural del lugar de residencia, su nivel de escolarización y la pertenencia al sexo masculino o femenino. Vivir en un área rural o en las agropoblaciones del sur, sureste, oeste o noroeste (Andalucía, Murcia, Extremadura, Galicia) suponía en la mayor parte de los casos ser analfabeto. En especial, si además se pertenecía al sexo femenino. No sucedía así en las grandes ciudades o en las áreas rurales de la meseta Norte y algunas provincias norteñas como Santander, Navarra y el País Vasco. Estas zonas o provincias con las más altas tasas de escolarización del país ofrecían también, ya desde los primeros censos a mediados del siglo XIX, los más elevados porcentajes de alfabetización. En concreto en este periodo de 1910 a 1920, estudiando los datos por regiones, el menor número correspondía al País Vasco con una media del 33,9%. En el periodo comprendido entre 1887 y 1910, Vizcaya, durante todo el periodo se encuentra entre las 10 primeras provincias con tasas de alfabetización más altas, siendo en

²⁰ ESPIGADO TOCINO, G., *El analfabetismo en España. Un estudio a través del censo de población de 1877*, Revista Trocadero, núm. 2, Universidad de Cádiz, 1990.

²¹ LIEBANA COLLADO, A., *Universidad de mayores de experiencia reciproca*, Madrid, 2009.

la última década del siglo XIX, cuando alcanza su mayor crecimiento, coincidiendo con el inicio de la industrialización vizcaína.

En su aspecto negativo, en cuanto a un posible análisis del grado de incumplimiento de este deber, cabría acudir, aunque solo fuera como forma de aproximación indiciaria y relativa (por cuanto alfabetización, instrucción y escolarización no son fenómenos idénticos), a datos sobre absentismo escolar. Y aquí sucede igualmente que no nos han llegado, ni con seguridad existieron, datos estadísticos sobre la cuestión. Por otra parte, y particularmente, en tanto en cuanto la referencia legal carecía de su correspondiente medida coercitiva tendente a su cumplimiento —ni dentro del Fuero Nuevo ni fuera de él— bien de orden civil (suspensión o privación del *poderío paternal...*) bien de orden administrativo (sanciones pecuniarias, advertencias...) con seguridad no existieron manifestaciones o testimonios documentales con motivo del incumplimiento de esta obligación por los padres.

A MODO DE COROLARIO

Se afirmó en la Introducción que, a la vista de la constatación de la presencia de numerosos “vizcaínos” en la Corte Real castellana y Administración hispana de los siglos XVI al XIX, surgía inmediatamente la pregunta de si fueron los padres vizcaínos en la época de vigencia del Fuero Nuevo —por mor de unas hipotéticas previas costumbres o concienciación moral de la Sociedad o por mor de la referencia legal contenida en la Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo como decantación de aquellos usos— especialmente más celosos y diligentes en el cumplimiento del deber de alfabetización de sus hijos que sus homólogos castellanos. Una respuesta afirmativa —siquiera sea por indicios— a la pregunta lanzada se antoja ahora un tanto arriesgada cuando no, osada; y más si se pondera con datos y hechos objetivos en la mano.

Como bien decía el insigne jurista Adrián Celaya²² la característica más destacada del Fuero Nuevo de Vizcaya residió en ser fruto de la costumbre; no fue elaboración de juristas ni copia de leyes extrañas como los Fueros de las Villas hispánicas, sino recopilación de viejos usos que están en la mente de los redactores y en su mayoría tomados del texto del anterior Fuero Viejo. Ciertamente, si el Fuero Nuevo no supuso sino la plasmación legal de usos y costumbres previamente instalados en la Sociedad vizcaína, podría llegar a pensarse que, efectivamente, la referencia legal analizada parece ser un reflejo de una mentalidad o concienciación social propia de ese momento histórico en Vizcaya: la característica solidaridad de la familia vizcaína especialmente sensible moralmente y proclive a la protección de los menores en todas sus facetas, en este caso, en la de su alfabetización, formación e instrucción del hijo en vida de sus padres.

A la referencia contenida en la Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya debe reconocérsele no solamente su valor original e innovador mostrando de un modo explícito una obligación paterna, integrada dentro del poderío paternal, que no se contenía expresamente en la legislación castellana de la época —anterior al Código Civil— reguladora de la *patria potestad* sino también el mérito de mostrar una especial sensibilidad protectora del legislador vizcaíno hacia la instrucción infantil como deber exigible a todos los tutores y sobre todo, al padre en toda la vida del hijo, hasta su matrimonio. Lo cierto es que esta especial sensibilidad del legislador foral hacia el hijo menor, en su aspecto personal, finalmente, acabó siendo equiparable a las disposiciones de la patria potestad contenidas en el Código Civil promulgado en 1889.

Ahora bien, resaltada su originalidad, debe relativizarse su alcance. Resulta muy usual en el campo jurídico el error consistente en tratar de

²² CELAYA IBARRA, A., Prólogo e Introducción a “El Fuero Nuevo de Vizcaya”, Leopoldo Zugaza Editor, Durango, 1976, pág. VIII.

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

reducir la realidad social a lo que dicen las leyes escritas. Se quiere decir con esto que el mero hecho de que se aludiera en el Fuero Nuevo a la existencia de una obligación paterna de alfabetización de sus hijos por el mero hecho de la paternidad —mención que no se encuentra *Las Partidas* para el padre castellano— no puede, sin más, permitir alcanzar la conclusión de que los padres vizcaínos fuesen más diligentes que los padres castellanos para preocuparse de la educación de sus hijos.

En primer lugar, el Fuero Nuevo se está refiriendo a un deber de instrucción de carácter inferior a la instrucción básica, simplemente tendente a la alfabetización del hijo; su alcance práctico, por ello, habría de ser muy limitado. De otra parte, es evidente que, aunque faltase una referencia explícita a este deber paterno en la regulación de la *patria potestad* dentro de *Las Partidas* resulta patentemente contradictorio e incoherente que el legislador castellano pudiera llegar a entender que se podían exigir más deberes de carácter personal a los tutores de hijos huérfanos que al *pater familia*.

Finalmente, en la medida de que no existía tampoco un derecho a la instrucción pública obligatoria en la Vizcaya de 1526, en el supuesto de que este deber legal fuera incumplido por el padre tutor, no era posible una imposición coactiva de esta obligación paterna mediante la adopción de medidas bien de carácter administrativo (sanciones pecuniarias, advertencias...) bien de carácter civil (suspensión o privación del cargo tutelar...). En este sentido, tendrá que ser ya superado el Antiguo Régimen en España, en pleno siglo XIX, cuando se pueda encontrar una norma de Derecho civil común que recoja explícitamente la obligación de instrucción y educación de los hijos menores dentro de la regulación de las relaciones paterno-filiales, en este caso como deber ya no solo paterno sino de ambos progenitores.

En definitiva, resulta arriesgado contestar afirmativamente a la cuestión suscitada con datos objetivos en la mano de si fueron los padres vizcaínos

en la época de vigencia del Fuero Nuevo —por mor de unas hipotéticas previas costumbres o concienciación moral de la Sociedad o por mor de esta referencia legal en el Fuero Nuevo como decantación de aquellos usos— especialmente más celosos y diligentes en el cumplimiento del deber de alfabetización de sus hijos que sus homólogos castellanos.

En Vizcaya y mientras estuvo vigente el Fuero Nuevo —sin desdeñar en absoluto la influencia de un hipotético factor moral *diferencial* consistente en la concienciación y la asunción por los padres vizcaínos de la existencia de un deber ético que pudo quedar plasmado y reflejado legalmente ni desdeñando tampoco la efectividad de la imposición de este deber en forma jurídico sin substrato ético alguno—, la alfabetización del hijo menor no dependió fundamentalmente de este factores sino que terminó quedando condicionada a otros numerosos factores materiales apegados a la realidad y al contexto material los cuales cual ya se ha dado cuenta *por extenso*. De otro lado no conviene olvidar que el Fuero Nuevo no se aplicaba a toda el territorio de Vizcaya, únicamente en la Tierra Llana, no era aplicable en las Villas, y éstas no eran pocas.

Como corolario, y a la vista de estas estimaciones finales, no cabe sino reiterar que la verdadera importancia y la mayor virtud de la referencia explícita contenida en la Ley I del Título XXII del Fuero Nuevo de Vizcaya (1526) del deber paterno de “enseñar a leer” al hijo reside precisamente en su originalidad y novedad en el contexto histórico espacio-temporal en que se dicta, plasmando y haciendo visible en un texto legal, una obligación que los legisladores (y no se sabe si también la conciencia social) de la Vizcaya de ese tiempo entendían como deber básico protector de todo padre o tutor hacia su hijo o tutelado menor en el seno de la familia; cuestión bien distinta fue si, efectivamente y en la práctica, se llegó a cumplir este deber legal sin acabar convirtiéndose en un *desideratum* de buenas intenciones condicionado a variables u otros factores de carácter material de los propios progenitores y del entorno económico,

El deber de alfabetización de los hijos bajo el poderío paternal en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526): una regulación singular y distintiva

político y cultural a lo largo de todas las épocas históricas en que se desenvolvió la figura del deber de alfabetización de los hijos como integrante del *poderío paternal* en el Fuero Nuevo, entre 1526 y 1889.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BALPARDA, G. *El Fuero de Vizcaya en lo civil. Estudio crítico del Proyecto de Apéndice del Código Civil que comprende las disposiciones aplicables en Vizcaya y en Álava conferencias leídas en la Academia de Derecho y demás ciencias sociales*, Casa de la Misericordia, Bilbao, 1903.

CELAYA IBARRA, A. Prólogo e Introducción a *El Fuero Nuevo de Vizcaya*, Leopoldo Zugaza Editor, Durango, 1976.

ESPIGADO TOCINO, G. “El analfabetismo en España. Un estudio a través del censo de población de 1877”, *Revista Trocadero*, núm. 2, Universidad de Cádiz, 1990.

GARCÍA DE CORTAZAR, J.A. y otros, *Vizcaya en la Edad Media, Evolución demográfica, económica, social y política de la comunidad vizcaína medieval*, tomo III, Haranburu Editor, San Sebastián, 1985.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos o Estudios Fundamentales sobre Derecho Civil Español. Examen comparado de las legislaciones especiales*, Librería de Sánchez, Madrid, 1874.

IMIZCOZ, J.M. *Las élites vasco-navarras y la monarquía hispánica: construcciones sociales, políticas y culturales en la edad moderna*, Cuadernos de Historia Moderna, 2008, vol. 33.

JADO VENTADES, R. *Derecho Civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y de la Dirección de los Registros Civil, de la Propiedad y del Notariado precedidos de un estudio acerca del territorio en que rigen esas leyes*, Casa de la Misericordia, Bilbao, 1900.

MONASTERIO AZPIRI, I. “Estudio Introdutorio” en *Gobierno y bienes de los menores en los procesos civiles ante los Tribunales Históricos de Bizkaia (1646-*

1902). Jurisdicción Voluntaria. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Colección de jurisprudencia Civil Foral (XVII-XIX), 2004, Tomo 2, Volumen 1.

LIEBANA COLLADO, A. *La educación en España en el primer tercio del siglo XX: la situación del analfabetismo y la escolarización*, Universidad de mayores de experiencia reciproca, Madrid, 2009.

SANTOS SACRISTÁN, M. *Los malos tratos a la infancia: juristas reformadores y el debate sobre la patria potestad en el Código Civil español (1889-1936)*, Cuadernos de Historia Contemporánea, vol. 24, 2002.

VIÑAO FRAGO, A. “La alfabetización en España: un proceso cambiante de un mundo multiforme”, *Revista Efora*, vol.3, marzo de 2009; *Historia de un largo proceso (La alfabetización en España)*. Cuadernos de Pedagogía nº 90. Marzo, 1989.

VV.AA. Enciclopedia Auñamendi-Fondo Bernardo Estornés Lasa. “Vizcaya. Educación y Cultura”. Puede consultarse en Euskomedia, la Fundación de Eusko Ikaskuntza-Sociedad de Estudios Vascos disponible en <http://www.euskomedia.org/aunamendi>).

VV.AA. *Historia de la Educación en España*, Breviarios de Educación, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Educación y Ciencia. Ministerio de Educación y Ciencia, tomos I, II, III, IV y V. Todos ellos disponibles en formato pdf en <https://sede.educacion.gob.es/publivena/busqueda.action>

Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco

IGNACIO JAVIER ETXEBARRIA ETXEITA

Secretario General del Ayuntamiento de Getxo
Miembro de la Junta de Gobierno de la Academia Vasca de Derecho
Getxoko Udalaren Idazkari Nagusia
Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Gobernu-batzaren Kidea

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 23/05/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 31/05/2023

Resumen: El artículo tiene como objeto realizar un primer análisis de la nueva Ley de Empleo Público Vasco, procediendo a comentar de forma ordenada la exposición de motivos, los 14 títulos específicos y las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales. Analiza los elementos más importantes, resaltando las novedades que presenta respecto a la ley de Función Pública Vasca precedente del año 1989 y sus disposiciones de desarrollo. En el análisis se remarcan fundamentalmente aquellas determinaciones que tienen una directa y especial aplicación en la administración local.

Palabras clave: empleo público, personal funcionario, puesto de trabajo, carrera profesional.

11/2022 Legea, abenduaren 1ekoa, Euskal Enplegu Publikoari buruzkoa

Laburpena: Artikuluaren xedea da Euskal Enplegu Publikoaren Lege berriaren lehen azterketa egitea, eta modu ordenatuan aipatzea zioen azalpena, 14 titulu espezifikokoak eta xedapen gehigarriak, iragankorrak, indargabetzaileak eta azken xedapenak. Elementu garrantzitsuenak aztertzen ditu, 1989ko Euskal Funtzio Publikoaren Legearekin eta hura garatzeko xedapenekin alderatuta dituen berrikuntzak azpimarratuz. Azterketan, funtsean, toki-administrazioan zuzenean eta bereziki aplikatzen diren zehaztapenak azpimarratzen dira.

Gako-hitzak: enplegu publikoa, funtzionarioak, lanpostua, karrera profesionala.

Law 11/2022, of 1 december on Basque Public Employment

Summary: The purpose of the article is to carry out a first analysis of the new Basque Public Employment Law, proceeding to comment in an orderly manner on the explanatory statement, the 14 specific titles and the additional, transitory, derogatory and final provisions. It analyses the most important elements, highlighting the novelties it presents with respect to the preceding Basque Civil Service Law of 1989 and its implementing provisions. The analysis highlights fundamentally those determinations that have a direct and special application in the local administration.

Keywords: public employment, civil servants, job, professional career.

CONTEXTUALIZACIÓN

En el Boletín Oficial del País Vasco número 245 de 26 de diciembre de 2022 se ha publicado La Ley de Empleo Público Vasco.

Esta ley viene a sustituir a la anterior ley 6/1989 de 6 de julio, de la Función Pública Vasca y regula de una manera más amplia las determinaciones fundamentales del empleo público vasco.

El texto del proyecto remitido por el Gobierno al Parlamento Vasco para su tramitación se corresponde con el que se presentó la legislatura anterior, tras su aprobación por el Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco el 29 de enero de 2019 que decayó al agotarse la legislatura estando en tramitación, por lo que los informes que acompañaron al proyecto son del año 2018.

En su exposición de motivos justifica la nueva ley en el tiempo transcurrido y en el proceso de racionalización y modernización de la función pública que se ha producido en los últimos años. No se realiza ninguna mención expresa al Estatuto Básico del Empleado Público, texto básico estatal que prevé el desarrollo del mismo a través de la normativa autonómica, desarrollo en el que fundamentalmente hay que incardinar la Ley de Empleo Público Vasco.

Una característica de la ley, tal como se recoge en la propia exposición de motivos, es que contiene amplios márgenes para que cada una de las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación pueda tomar decisiones, que, respetando el margen de la negociación colectiva en el empleo público y los elementos comunes definidos en la ley, resuelvan las necesidades de cada una de ellas y así entonces aquellas cuestiones que tienen implicaciones estructurales u organizativas la ley reconoce la autonomía y las potestades normativas y de organización inherente a los gobiernos forales y locales para definir en cada caso su aplicabilidad e intensidad en su puesta de marcha.

La ley se estructura en un título preliminar 14 títulos específicos, que se desarrollan en 199 artículos, 33 disposiciones adicionales, 18 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 5 disposiciones finales.

A continuación se va a proceder a comentar el contenido de la ley a partir de trasladar lo que la propia exposición de motivos recoge como relevante de cada título, analizando fundamentalmente los elementos más importantes y que puedan suponer una modificación normativa sobre la Ley de Función Pública del año 1989 y su disposiciones de desarrollo.

TÍTULO PRELIMINAR – DISPOSICIONES GENERALES

El Título Preliminar, artículos 1 a 7, recoge las disposiciones generales. Hay que destacar el artículo 3 que delimita el ámbito de aplicación, incorporando al mismo a todo el personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio del sector público vasco que constituye su ámbito de aplicación, determinando que a los efectos de la ley componen el sector público vasco las administraciones tanto la general de la Comunidad Autónoma Vasca como la foral y local, la Universidad del País Vasco y sus entes instrumentales, en relación exclusivamente con su personal de administración y servicios, órganos creados por la administración de la Comunidad Autónoma Vasca, el personal docente no universitario, el personal estatutario de Osakidetza, con respeto a su normativa específica en relación a la carrera profesional y determinaciones retributivas entre otras cuestiones, teniendo también un carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas vascas, instituciones públicas y organismos públicos no incluidos en su ámbito de aplicación.

Recoge también las especialidades legislativas y de aplicación al personal de la administración foral y local, la específica regulación de la policía del País Vasco y del personal funcionario con habilitación nacional, así

como cita otro personal de normativa específica relacionada con el Parlamento Vasco, Ararteko, Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, personal de las Juntas Generales de los Territorios Históricos, personal funcionario de Ertzaintza, y personal funcionario de la Administración de Justicia, cuya gestión corresponde a la Comunidad Autónoma.

Igualmente reconoce la singular naturaleza de las entidades del sector público vasco, participadas o financiadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas Vascas a los que se aplicaran determinados principios de acceso, códigos de deberes y de conducta, instrumentos de ordenación del empleo público vasco y de normalización lingüística.

TÍTULO PRIMERO – ÓRGANOS DEL EMPLEO PÚBLICO VASCO Y SUS COMPETENCIAS

El Título Primero, artículos 8 a 25, tiene por objeto la regulación de los órganos del empleo público vasco y de sus propias competencias. El Capítulo primero se refiere a los órganos comunes del empleo público, entre los que destaca la creación de la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Euskadi (en adelante Comisión de Coordinación), que se configura en su artículo 10 y siguientes como órgano técnico de coordinación en materia de empleo público de las Administraciones Públicas vascas, compuesto por doce miembros, cinco en representación de la administración de la Comunidad Autónoma, uno en representación de cada una de las administraciones forales de los Territorios Históricos, tres en representación de las entidades locales, mediante la designación de los mismos por EUDEL, y una representación de la Universidad del País Vasco, teniendo que ser todas las personas integrantes titulares de órganos directivos o responsables de política de recursos humanos o de empleo público.

Las funciones esta Comisión de Coordinación son intercambiar experiencias y aunar criterios sobre política de recursos humanos, impulsar la unificación de criterios en materia de evaluación del desempeño, promover políticas comunes para el personal empleado público vasco e impulsar la creación de un Observatorio del Empleo Público Vasco, además de cualesquiera otras funciones que se le asignen en la propia ley o por otras leyes o reglamentos.

Se recoge asimismo también la existencia del Consejo Vasco del Empleo Público, que viene a sustituir al anterior Consejo Vasco de la Función Pública, considerando el artículo 13 a este nuevo órgano como órgano superior colegiado de coordinación consulta y propuesta de las medidas que integran la política de personal en las Administraciones Públicas vascas, así como de participación del personal a su servicio. Su composición integra a 5 representantes de la administración de la Comunidad Autónoma, una persona representante de la Universidad del País Vasco, una persona representante de cada Diputación Foral, 3 personas representantes de las corporaciones locales designadas por EUDEL y 6 personas representantes del personal designadas por los organizaciones sindicales más representativas a nivel de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Es cometido de este Consejo informar los anteproyectos de ley y normas forales en materia de empleo público así como los proyectos de disposiciones generales que han de ser aprobados por el Consejo del Gobierno Vasco en el desarrollo de la Ley de Empleo Público y de las disposiciones generales de las administraciones forales y locales. También le corresponde analizar la incidencia en las Administraciones Públicas Vascas de los anteproyectos de ley y disposiciones generales de la Administración del Estado en materia de empleo público y proponer las medidas de coordinación oportunas, así como debatir y proponer medidas para coordinación de la política de personal y empleo público de las distintas

Administraciones Públicas vascas, proponer medidas dirigidas a localización del personal e informar cuando así se le solicita.

El Capítulo Segundo desarrolla los órganos de empleo público de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus competencias, donde destaca reforzado el papel del Gobierno Vasco.

El artículo 22 recoge la regulación relativa al instituto Vasco de Administración Pública y en el artículo 23 se regula la inspección general de personal y servicios.

El Capítulo Tercero regula los órganos competentes en materia de empleo público del resto de las Administraciones Públicas Vascas de una manera muy escueta respetando las potestades de organización y ámbitos competenciales de cada una de ellas, con referencia expresa tanto a las administraciones forales y locales como a la Universidad del País Vasco. La regulación que se realiza en este Título respecto a los órganos de empleo público vasco y sus competencias es bastante más profusa y extensa que la que venía recogida en la ley de 1989. Es novedosa la creación de la Comisión de Coordinación del empleo público de Euskadi de configuración estrictamente técnica.

TÍTULO SEGUNDO – PERSONAL AL SERVICIO DE LAS AA.PP.VV.

El Título Segundo, artículos 26 a 30, se ocupa del personal al servicio de las Administraciones Públicas Vascas estructurándose en dos Capítulos. El Capítulo I tiene por objeto la enumeración de las clases de personal y el tratamiento específico del personal funcionario y del personal laboral y el segundo Capítulo regula el personal de confianza y asesoramiento especial o personal eventual.

Llama la atención en este Título que el artículo 28, cuando regula el personal funcionario interino no traslada lo recogido en el Texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público en su versión vigente a la fecha de la aprobación de la Ley de Empleo Público Vasco, en cuanto a la duración máxima y efectos de la cobertura por funcionario interino de una plaza vacante. Así mismo la regulación que realiza sobre el nombramiento de personal funcionario interino por exceso o acumulación de tareas es más restrictiva que la recogida en la normativa básica y también es más restrictiva para la ejecución de programas de carácter temporal al incorporar de manera expresa la prohibición de los mismos para tareas o actividades habituales, prohibición no recogida en la normativa básica.

Respecto al personal laboral, el artículo 29, recoge de manera expresa que en función de la duración del contrato pueda tener la condición de fijo, temporal o por tiempo indefinido a consecuencia de una sentencia, manifestando que a los mismos se les aplicarán las previsiones contenidas en la disposición adicional vigesimoctava de la ley.

TÍTULO TERCERO – LA FUNCIÓN DIRECTIVA Y EL ESTATUTO DEL PERSONAL DIRECTIVO PROFESIONAL EN LAS AA.PP.VV.

El Título Tercero, artículos 31 a 39, regula la dirección pública profesional en las administraciones públicas, definiendo un conjunto de reglas a las que deberá sujetarse toda administración pública que inserte en su seno la dirección pública profesional. Realiza una regulación detallada, tanto desde la consideración de qué es un personal directivo público profesional, como los requisitos exigidos y procedimiento de designación que debe de respetar un sistema de acreditación de competencias profesionales, someterse a una convocatoria pública, a la vez que recoge la garantía de que el período de desempeño del puesto no puede ser in-

ferior a 5 años. Se recoge la incorporación obligatoria de un sistema de responsabilidad por la gestión y evaluación de los resultados, que puede incorporar también incentivos retributivos limitados en función de la consecución de objetivos. Regula asimismo la situación administrativa o tipo de contrato o nombramiento que se formalizará en función del régimen jurídico de procedencia del seleccionado.

Respecto a las administraciones locales expresamente indica que se registrarán por lo dispuesto en la Ley 2/ 2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi respecto a la dirección pública profesional, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley de Empleo Público Vasco.

TÍTULO CUARTO – ORDENACIÓN Y ESTRUCTURA DEL EMPLEO PÚBLICO

El Título Cuarto, artículos 40 a 62, regula la ordenación y estructura del empleo público en dos Capítulos. El primero de ellos regula los instrumentos de ordenación y planificación del empleo público y el segundo se ocupa de la estructura del empleo público.

La ley establece una regla general de funcionarización del personal al servicio de las Administraciones Públicas vascas, aunque prevé un listado de ámbitos tasados en los que es posible establecer un vínculo de naturaleza laboral. Se regulan también los planes de ordenación del empleo público vasco y también la evaluación del desempeño.

El elemento estructurante de la ordenación del empleo público es el puesto de trabajo, que se configura, en el artículo 40, como la unidad básica de la estructuración del empleo público, al que se le atribuyen un conjunto de funciones o responsabilidades que son ejercidas por el empleado público que ocupa dicho puesto a través del desempeño de tareas

que las satisfagan. De este artículo se deriva la diferencia entre funciones y tareas, posibilitando que las mismas funciones se ejecuten a través de diferente tipo de tareas, en función de que ese puesto de trabajo esté adscrito a diferentes áreas o servicios de las Administraciones Públicas pero considerándose diferentes dotaciones de un mismo puesto de trabajo.

La ley prevé la asignación provisional de funciones en su artículo 41 y el artículo 43 la agrupación de puestos de trabajo en las áreas funcionales, que en el ámbito de la Administración General e institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi se configuran como el instrumento organizativo mediante el que se agrupan los puestos de trabajo, tal como lo indica el artículo 42.

El artículo 43 determina que cada puesto de trabajo se clasificará según la naturaleza de las funciones asignadas, como reservado únicamente a personal funcionario, laboral, eventual o en su caso directivo público profesional. Esa determinación imposibilita que un mismo puesto de trabajo esté abierto a personal funcionario y laboral.

El artículo 44 regula la reserva de funciones públicas, que de manera general se asignan al personal funcionario, posibilitando algunas excepciones tasadas de funciones que pueden ser realizadas por personal laboral, que deberán recogerse en la relación de puestos de trabajo. Se reproduce el criterio recogido en la legislación básica y en la Ley de la Función Pública Vasca, si bien se permite con excepción de los puestos que supongan ejercicio de autoridad o de potestades públicas, que el personal de entidades sujetas a derecho privado y a las Mancomunidades y Consorcios dispongan de personal laboral como criterio general. Respecto al personal de los organismos autónomos y otras entidades instrumentales de las administraciones locales y forales que realicen políticas de servicios sociales, de empleo, culturales o deportivas, se posibilita que el vínculo sea laboral sin que conste ninguna restricción, lo que supone am-

pliar la posibilidad del vínculo laboral frente a lo regulado en el artículo 19.2 e) de la derogada Ley de la Función Pública Vasca.

El artículo 45 regula las relaciones de puestos de trabajo como instrumento mediante el cual las Administraciones Públicas racionalizan y ordenan sus estructuras internas, determina sus necesidades de personal, definen los requisitos exigidos para su desempeño y clasifican cada uno de los puestos de trabajo de acuerdo con los criterios de eficacia, eficiencia y racionalidad organizativa. La regulación no presenta grandes novedades, excepto lo dispuesto en el apartado 3 de dicho artículo, cuando indica que los efectos derivados de las relaciones de puestos de trabajo comenzarán a partir del día siguiente a su publicación en el boletín oficial correspondiente, salvo que expresamente se prevea otra fecha, lo que altera la situación actual en la cual los efectos de las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo eran inmediatos desde su aprobación, sin perjuicio de su publicación en el boletín oficial correspondiente a efectos de publicidad y general conocimiento.

También incorpora el apartado 5 una novedad que es la no exigencia de una modificación previa de la relación de puestos de trabajo para los supuestos de cambios de adscripción de puestos de trabajo por reasignación, readscripción o redistribución de efectivos siempre que el nuevo destino se encuentre en el mismo municipio, sin perjuicio de que dicha circunstancia deba ser objeto de inclusión en la primera modificación de la relación de puestos de trabajo que se lleva a efecto desde la fecha en la que se produjo la readscripción.

Asimismo el apartado 7 determina que las relaciones de puestos de trabajo se ajustarán a las previsiones presupuestarias, de tal forma que no podrán contener puestos cuya dotación no pueda ser atendida con los créditos contemplados en las plantillas presupuestarias para el ejercicio correspondiente, es decir, que si no se dota un puesto de trabajo del cré-

dito correspondiente debe de ser objeto de supresión. También se asigna en el artículo 46 a las relaciones de puestos de trabajo, a través de su modificación, la supresión de puestos o de dotaciones como consecuencia de procesos de análisis de cargas de trabajo, previa negociación con la representación del personal.

La ley recoge, en el artículo 47, la posibilidad de que las Administraciones Públicas vascas puedan utilizar otros instrumentos complementarios de ordenación del empleo público detallando qué datos deben de contener en todo caso dichos instrumentos complementarios.

El análisis de lo que el artículo 46 determina como contenido de las relaciones de puestos de trabajo y los contenidos que la ley en el artículo 47 permite atribuir a los instrumentos complementarios, posibilita en la administración local, que determinados contenidos que hasta este momento necesariamente debían incorporarse a las relaciones de puestos de trabajo por no haber una previsión de otro instrumento organizativo complementario puedan no recogerse en las relaciones de puestos de trabajo y, por tanto, la aprobación de esas determinaciones no necesariamente ha de ser competencia, en los municipios de régimen común del pleno del ayuntamiento, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local y además el propio artículo 47 asigna la competencia para aprobar esos instrumentos complementarios al órgano competente en materia de empleo público, que básicamente es la Alcaldía, sin perjuicio de las delegaciones que hubiera podido realizar.

La ley desarrolla también una relación de instrumentos de planificación del empleo público con el objetivo de conseguir la mayor eficacia en la prestación de los servicios y la eficiencia en la utilización de los recursos humanos, económicos, materiales y tecnológicos. Los procesos de planificación de empleo público deben ser objeto de negociación colectiva. Recoge como instrumentos de planificación los planes de or-

denación del empleo público en su artículo 49 a los que adscribe la posibilidad de adoptar diferentes medidas, entre las que se destacan la posibilidad de reasignación, readscripción de dotaciones de puestos, reducciones de efectivos, medidas de teletrabajo, incentivos a la excedencia voluntaria, a la jubilación anticipada, así como incentivos a la renuncia al servicio activo, o baja definitiva en él. Regula asimismo las readscripciones de dotaciones de puestos de trabajo no singularizados por razones de servicio o necesidades organizativas, a otras unidades o centros a través de un procedimiento sencillo.

Define en su artículo 51 la plantilla presupuestaria como la relación de plazas dotadas presupuestariamente que corresponden a cada puesto de trabajo, así como el grupo o subgrupo de clasificación al que se adscriban y el cuerpo, escala, opción o especialidad en su caso al que pertenezca, determinando asimismo que dichas plantillas relaciona las consignaciones crediticias, distinguiendo las retribuciones básicas de las pagas extraordinarias y retribuciones complementarias.

El artículo 52 conceptúa la oferta de empleo público en términos idénticos a la legislación básica, pero sin embargo no incorpora la posibilidad recogida en la legislación básica de incorporar un diez por ciento adicional y además es de destacar, que la aprobación de la misma debe fijar el plazo máximo para la convocatoria de los correspondientes procedimientos selectivos que deberán finalizarse en el plazo de 3 años a partir de la fecha de la aprobación de la convocatoria, recogiendo la excepción de si en dicho plazo no ha finalizado el procedimiento selectivo se procederá a prorrogar expresamente y de manera justificada el desarrollo de dicho proceso selectivo por el periodo mínimo necesario para su finalización, con detalle de las medidas a adoptar a dicho fin. Del texto se deduce que el plazo de tres años no es desde la aprobación de la oferta de empleo público, como recoge la normativa básica, sino desde la fecha de

la aprobación de la convocatoria del correspondiente proceso selectivo. Recoge asimismo la posibilidad de coordinar ofertas de empleo público entre diferentes administraciones.

El artículo 53 regula el registro de personal y gestión integrada de recursos humanos obligando a cada administración a disponer de su propio registro de personal e indicando que la Comisión de Coordinación propondrá criterios mínimos comunes en relación a los registros de personal que deberán ser aprobados por el Gobierno Vasco mediante decreto.

El artículo 54 introduce de forma novedosa la evaluación del desempeño dentro de una sección denominada “otros instrumentos para la ordenación y planificación del empleo público.” Define la evaluación del desempeño como un instrumento que posibilita la evaluación y valoración de la conducta profesional y el rendimiento del logro de resultados e indica que los objetivos principales de los sistemas de evaluación del desempeño estarán relacionados con la mejora del rendimiento, la motivación y formación del personal de empleado público. La evaluación del desempeño se configura con un elemento fundamental cara a la carrera profesional, promoción interna, provisión de puestos, etcétera y la ley remite la misma a desarrollo reglamentario por parte de las distintas Administraciones Públicas, de acuerdo con los criterios de la Comisión de Coordinación y previa negociación con la representación del personal. Esta determinación obligará, en el caso de los ayuntamientos, a aprobar el correspondiente reglamento una vez que existan criterios de la Comisión de Coordinación y la importancia de estas normativas es evidente ya que su existencia es una exigencia previa para la aplicación de la carrera profesional y la percepción de retribuciones complementarias vinculadas a aquélla, tal como se determina en el punto 5.

En el artículo 55 se regulan los análisis de puestos de trabajo a los que se configura como herramientas necesarias para suministrar información

del trabajo, tanto en relación con las tareas de los puestos, como del personal que lo desempeña en relación con el perfil de competencias necesarias para su correcto desempeño, siendo asimismo un instrumento válido para planificación del empleo público y el diseño de herramientas de organización y gestión de recursos humanos, si bien cuando se quiere aplicar el instrumento debe ser objeto de negociación con la representación del personal.

El Capítulo II de este Título se dedica a la estructura del empleo público, recogiendo los grupos de clasificación, escalas, subescalas y opciones y especialidades en relación al personal funcionario y remitiendo al personal laboral a lo previsto en su legislación específica.

TÍTULO QUINTO – ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE PERSONAL FUNCIONARIO

El Título Quinto, artículos 63 a 75, regula la adquisición y la pérdida de la condición de personal empleado público. Se estructura en dos Capítulos, el primero de los cuales se refiere a la adquisición y pérdida de la relación del servicio, destacando la regulación de la jubilación del personal funcionario, recogida en el artículo 67, en la que en su apartado tres mantiene la regulación que introdujo la Ley 11/2021 de Cuerpos y Escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que condiciona la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta los 70 años a que el solicitante sea considerado apto para el servicio y que se encuentre en alguno de los supuestos que se consignan en un plan de ordenación del empleo público o en las normas presupuestarias correspondientes. Con esta regulación la prolongación en la permanencia de servicio deja de ser un derecho subjetivo del funcionario, que solamente por razones motivadas podía negar la administración, a que

dicha posibilidad responda a unos criterios previos generales basados en el servicio público.

El apartado cuatro de dicho artículo recoge la situación de la jubilación por incapacidad con reserva de puesto, regulando el supuesto en el que existe un reconocimiento inicial de la incapacidad pero que prevé una revisión por posible mejoría.

El Capítulo Segundo regula los principios y requisitos de acceso al empleo en el sector público vasco, insistiendo en que es un principio rector que informa el acceso al empleo el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El artículo 71, relativo a los requisitos para el acceso al empleo público vasco, incorpora que los procesos selectivos pueden implantar requisitos específicos previstos en la correspondiente relación de puestos de trabajo o instrumentos complementarios de ordenación del empleo público y que las convocatorias deben de informar sobre el número de dotaciones de puestos de trabajo, que tienen perfil lingüístico preceptivo. Es llamativo lo recogido en el artículo 71 apartado 3 que posibilita que en las bases de la convocatoria se puedan incluir otros requisitos específicos adecuados a las funciones y tareas que deban desempeñarse en los puestos de trabajo y que tales requisitos sean fijados con criterios objetivos y de forma proporcionada. En este mismo artículo el punto cuatro incorpora una previsión legislativa en la que se indica que en ningún caso el cumplimiento de los requisitos exigidos para el acceso a determinados destinos podrá suponer una merma en el derecho de las personas aspirantes a elegir otros puestos en los que no se exija un requisito acreditado por la persona aspirante. De esta redacción puede interpretarse que no cabe obligar a aquellos aspirantes que hayan obtenido plaza en el proceso selectivo, tanto para plazas con perfil preceptivo como para plazas sin preceptividad, a optar por las de perfil preceptivo sino que es libertad del

aspirante determinar a qué plaza accede. Lamentablemente en este precepto se vuelven a mezclar y confundir los conceptos de puesto y plaza ya que se habla en todo momento de requisitos, funciones, tareas que deben desempeñar los puestos de trabajo cuando en la Ley de Empleo público se accede a través de procesos selectivos a plazas y no a puestos.

El artículo 74, recoge la reserva del 7% de las vacantes convocadas para personas con discapacidad, reservando el 2% para personas con discapacidad intelectual y el resto de las plazas para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. El artículo 75 recoge la previsión de que el sistema específico de acceso de las personas con discapacidad intelectual o mental se realizará en procesos de selección independientes, mientras que la selección de las plazas reservadas a personas con otro tipo de discapacidad se incorporará a los procesos generales, con las adaptaciones oportunas para la realización de las pruebas selectivas.

TÍTULO SEXTO – SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE PERSONAL EMPLEADO EN EL SECTOR PÚBLICO VASCO

El Título VI, artículos 76 a 84, se refiere a la selección y formación del personal empleado en el sector público vasco. El Capítulo I se refiere a los procesos y sistemas de selección del personal empleado en el sector público vasco, siendo novedoso lo que figura en el apartado segundo del artículo 71, en el cual se establece el principio general de que los procesos selectivos se llevarán a cabo con carácter general para el acceso a cuerpos, escalas, agrupaciones profesionales sin requisito de titulación, grupos de personal laboral, u otros sistemas de agrupación profesional, pero se recoge que de manera excepcional podrán realizarse procesos selectivos a puestos de trabajo sin perjuicio de que previamente a la realización del proceso se adscriba el puesto o los puestos de trabajo, a un determinado

cuerpo, escala, etcétera. Se regula asimismo la existencia de periodos de prácticas con carácter selectivo y que dicha práctica lleva incorporado un proceso de formación.

El artículo 77 en relación a la selección de personal funcionario interino o laboral temporal establece que se llevará a cabo mediante procedimientos ágiles en los que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y la libre concurrencia. Recoge para este personal la posibilidad de incorporar un periodo de prueba y en su caso un periodo de formación. En el apartado 3 de dicho artículo se posibilita la creación de bolsas delegando los criterios a cada administración pública previa negociación con la representación del personal y prevé asimismo la posibilidad de poner a disposición entre distintas administraciones las propias bolsas de contratación temporal así como la posibilidad de crear bolsas de contratación temporal de manera conjunta entre Administraciones Públicas que así lo acuerden, finalizando con la posibilidad de ante la inexistencia de personal candidato bajo las fórmulas anteriores que se puede acudir a los servicios públicos de empleo para proveer tales puestos de trabajo.

El artículo 78 regula los sistemas de selección del personal funcionario de carrera y personal laboral, recogiendo como tales la oposición, el concurso y el concurso oposición. Respecto al concurso oposición limita la valoración en la fase de concurso a un 45 por ciento de la puntuación máxima alcanzable en la fase de oposición. Asimismo restringe la posibilidad de utilización del sistema de concurso a la selección de puestos de trabajo de personal investigador así como otros que se determinen por ley. El apartado 8 de dicho artículo recoge la novedad de poder incrementar el número de plazas comprometidas en la oferta de empleo público hasta un 10 por 100 adicional cuando existan vacantes que se hayan generado desde su aprobación, correspondiendo a la convocatoria concreta fijar la fase del procedimiento en la que se realizará el incremento de plazas.

Respecto a la publicidad de las bases de la convocatoria se incorpora la obligación de publicar las mismas además de en el Boletín Oficial correspondiente en las respectivas sedes electrónicas y la obligación de negociar las bases de la convocatoria con la representación del personal, obligación que amplía la contemplada en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, que fija como materia objeto de negociación en su artículo 37 los criterios generales sobre ofertas de empleo público y las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso, no exigiendo la negociación de las bases concretas de cada proceso selectivo.

Respecto a los instrumentos de selección el artículo 80 incorpora la novedad consistente, en que en la medida en que reglamentariamente se establezca el pertinente régimen de convalidación, la superación de las pruebas selectivas usando una lengua oficial como lengua vehicular será considerada uno de los sistemas de comprobación y evaluación de la competencia lingüística expresada mediante el perfil. Esta previsión puede llegar a suponer la no necesidad de realizar una prueba específica de perfil lingüístico en aquellos supuestos en que las pruebas selectivas previamente realizadas se hayan desarrollado en euskera y hayan superado las mismas.

El Capítulo Segundo se refiere a los órganos de selección en el empleo público vasco reafirmando que actuarán conforme a los principios de objetividad, imparcialidad, autonomía funcional y profesionalidad, regulándose también la necesidad de la representación equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección.

Respecto a la profesionalidad de los órganos de selección, se exige que todas las personas que formen parte de los mismos habrán de reunir la capacidad, competencia y preparación adecuada y al menos una de ellas deberá poseer formación o experiencia en selección en el ámbito de empleo público, lo cual es una exigencia añadida a lo existente. Se reafirma el criterio de que la mitad de las personas del tribunal deberán

poseer una titulación correspondiente a la misma área de conocimiento que la exigida para el ingreso y la totalidad de las mismas igual o superior nivel académico.

Recoge una nueva determinación el punto 10 del artículo 81, cuando indica que las resoluciones de los tribunales u órganos técnicos de la selección serán vinculantes para el órgano que le competa el nombramiento, sin perjuicio de que este pueda proceder a su revisión conforme a lo previsto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo. La determinación supone dar carácter de acto administrativo, al menos a efectos de revisión, a la propuesta del tribunal de selección, órgano que en su composición no puede contemplar ningún cargo político y por tanto es una composición únicamente técnica.

Finaliza dicho Capítulo recogiendo en su artículo 82 la posibilidad de creación de órganos permanentes de selección, previsión que se desarrollará reglamentariamente, teniendo en cuenta los criterios que establezca la Comisión de Coordinación, previa negociación con la representación del personal. Asimismo este órgano permanente de selección podrá, mediante convenio suscrito al efecto, actuar como órgano de selección de las administraciones forales y locales de Euskadi.

El Capítulo tercero se refiere a la formación en el empleo público vasco y al Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), del que se desarrollan sus funciones esenciales en el ámbito de la formación, indicándose, entre otras funciones, que en los supuestos que las entidades locales prevean una fase de formación como parte del proceso selectivo de su personal empleado público, deberán suscribir un convenio con dicho instituto destinada a la realización de tales cursos selectivos, que podrán ser comunes para varios ayuntamientos.

Se asigna asimismo al IVAP diseñar, organizar y evaluar, de acuerdo con los criterios que establezca la Comisión de Coordinación, los

programas de formación del personal directivo público profesional de las Administraciones Públicas vascas y también la de los directivos de la administración local.

TÍTULO SÉPTIMO – LA CARRERA PROFESIONAL

El título VII, artículos 85 a 93, se refiere a la carrera profesional. En la exposición de motivos se advierte que la comprensión final del modelo que se recoge en la ley, exige tener en cuenta una serie de disposiciones transitorias que se recogen al final del texto y que la ley establece las bases para que las distintas Administraciones Públicas vascas puedan crear modelos de carrera profesional basados en la progresión profesional del personal funcionario, siendo el dato distintivo que la carrera profesional no solo tiene una dimensión subjetiva, esto es como derecho del personal funcionario, sino que también la ley pone énfasis en su dimensión objetiva, es decir, como un instrumento de gestión para hacer más eficiente el funcionamiento y la prestación de servicios de las Administraciones Públicas vascas. El elemento central del modelo de carrera profesional es el grado de desarrollo profesional.

En el Capítulo I referido al concepto y modalidades de carrera profesional en su artículo 85 define la carrera profesional como el conjunto planificado de oportunidades de mejora, de oportunidades de movilidad y de expectativas de progreso profesional regulado conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad y define así mismo también a la carrera profesional como un instrumento de gestión de personas en la administración pública con el fin de promover un desempeño eficaz, eficiente y productivo de los distintos puestos de trabajo. La carrera profesional, respecto a los criterios generales de la misma, debe ser objeto de negociación colectiva.

La ley en su artículo 86 recoge la carrera profesional vertical, la carrera profesional horizontal, la promoción interna vertical y la promoción interna horizontal como modalidades de carrera profesional del personal funcionario, posibilitando a las Administraciones Públicas establecer sistemas de carrera profesional vertical, horizontal o mixtos en los que deben de integrar la perspectiva de género.

El Capítulo II regula la carrera profesional vertical y horizontal, identificando la carrera profesional vertical, en el artículo 87, como el ascenso en la estructura de puestos de trabajo, de conformidad con los procedimientos de provisión regulados en la ley, limitando dicha carrera profesional vertical al mismo grupo o subgrupo de clasificación.

La carrera profesional horizontal se define como la progresión en el grado de desarrollo profesional del personal funcionario sin necesidad de cambiar de puestos de trabajo exigiendo, en todo caso, que la progresión de grados se realizará tras la evaluación favorable de los méritos de la persona interesada.

En ambos casos la implantación y aplicación de las distintas modalidades de carrera profesional exige una regulación previa por parte de cada administración pública y está siempre sometida a las disponibilidades presupuestarias de las respectivas administraciones.

Como se puede observar existe una diferencia notoria entre la carrera profesional vertical y la horizontal, ya que la primera de ellas supone la progresión mediante la obtención, a través de los correspondientes sistemas de provisión, de puestos diferentes dentro de los que se pueda acceder a partir del grupo de clasificación que se posea, mientras que la carrera horizontal supone una progresión de grados, con los efectos correspondientes, pero sin variar de puesto de trabajo, lo que dará lugar a la posibilidad de que ocupantes de un mismo puesto de trabajo hayan acreditado diferentes grados de desarrollo profesional.

El Capítulo Tercero regula los grados de desarrollo profesional en la carrera horizontal, indicando que el grado de desarrollo profesional reconoce el crecimiento profesional de la persona funcionaria y la habilita para el desempeño de uno o varios puestos de trabajo ya que esos puestos pueden determinar el grado de desarrollo profesional valorables como mérito para su desempeño.

El ascenso de grado de desarrollo profesional será siempre al grado inmediatamente superior del intervalo de niveles que se determine en cada grupo o subgrupo de clasificación, incidiendo el artículo 90, en que el reconocimiento de la carrera profesional es un sistema de acreditación de competencias profesionales que se articula mediante criterios objetivos que identifican, evalúan y valoran el desarrollo profesional efectivo de cada persona funcionaria. Dichos criterios deben ser negociados con la representación del personal remitiendo la ley a la regulación de la carrera profesional por parte de las distintas Administraciones Públicas vascas la concreción de los grados de desarrollo profesional, así como el número de años de ejercicio profesional necesarios para acceder a cada uno de ellos y el procedimiento necesario para lograr su acreditación.

El Capítulo IV se refiere a la promoción interna, recogiendo tanto la vertical como la horizontal. Respecto a la promoción interna vertical no existen mayores novedades sobre la regulación anterior si bien se recoge de manera expresa que el personal funcionario del grupo de clasificación C 1 que tenga la titulación exigida podrá promocionar al subgrupo A2 sin necesidad de pasar por el grupo B. El artículo 93 regula la promoción interna horizontal que consiste en el acceso a cuerpos y escalas del mismo subgrupo o grupo de clasificación profesional, es decir, sería acceder a plazas que pertenecerían a escalas o cuerpos diferentes de las de origen pero que sean del mismo grupo de clasificación que la plaza de origen.

TÍTULO OCTAVO – PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO
Y MOVILIDAD

El Título VIII, artículos 94 a 118, se refiere a la provisión de puestos de trabajo y movilidad. El Capítulo I recoge las modalidades de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario que se realiza a través de los sistemas de concurso y libre designación cuando se trate de provisión definitiva y recoge como supuestos de provisión temporal los siguientes: la adscripción provisional, las comisiones de servicios en sus diferentes modalidades, la movilidad por razón de salud y por supuestos de acoso laboral y sexual, la movilidad, por razones de violencia de género y por violencia terrorista, la movilidad entre las Administraciones Públicas vascas y la movilidad por sanción disciplinaria de traslados forzoso. También se reconoce como sistema de provisión la reasignación y la redistribución de efectivos.

Se reafirma en el punto 7 del artículo 94 que para la provisión de un puesto de trabajo será necesario cumplir todos los requisitos y demás exigencias establecidas en la relación de puestos de trabajo o en los instrumentos de gestión complementaria, pero de manera novedosa se posibilita que se puedan excepcionar por cada administración pública en los distintos supuestos de provisión temporal de puestos de trabajo algunas de dichas exigencias cuando así se prevea en un plan de ordenación del empleo público.

El artículo 95 recoge como supuestos de pérdida de la adscripción definitiva a un puesto de trabajo la remoción del puesto obtenido por concurso de traslados o cese en el puesto libre designación, la renuncia, la supresión del puesto, el pase de una situación administrativa que no conlleve reserva de puesto y el nombramiento con carácter definitivo en otro puesto, obligando a la adscripción provisional en un puesto de trabajo en el que cumpla los requisitos exigidos en la relación de puestos de trabajo al personal que pierde su puesto por causa de la remoción, renuncia o supresión. En relación al personal laboral se remite a los convenios

colectivos y en su defecto al sistema de provisión de trabajo y movilidad del personal funcionario.

El Capítulo Segundo trata de la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de concurso, al que califica de procedimiento ordinario, definiendo el concurso como la medición de conocimiento y destrezas aptitudes y actitudes de los y los candidatos así como valoración de los méritos. Recoge también la obligatoriedad, a salvo de lo que pueda indicarse al respecto en sus planes de ordenación del empleo público, de convocar concursos de traslados previamente a la realización de procesos selectivos y de manera general deberán convocar concursos para la provisión de puestos de trabajo, con una periodicidad máxima de 3 años, salvo que circunstancias contempladas en los respectivos planes de ordenación de empleo justifiquen la superación de dicho plazo.

También se obliga a que las convocatorias de concurso incluyan los puestos vacantes desempeñadas por personal funcionario en adscripción provisional y en comisiones de servicios.

Recoge la obligación del personal funcionario en adscripción provisional a participar en los concursos que se convoquen para la provisión de puestos de trabajo propios de su cuerpo escala o agrupación y en el caso de no participar se le adjudicará de oficio un puesto con carácter definitivo de acuerdo a los criterios establecidos en la convocatoria.

La convocatoria y la determinación de los puestos a incluir en el concurso y la proporción que se atribuye a los distintos factores a valorar en cada puesto de trabajo y la información que habrá de contener la convocatoria deberán ser negociadas con la representación del personal.

El artículo 99 prevé la posibilidad de convocatorias unitarias de concursos por parte de las Administraciones Públicas vascas a propuesta de la Comisión de Coordinación.

El artículo 100 recoge la valoración de los concursos y reglas adicionales determinando que debe ser objeto de valoración los resultados de la evaluación del desempeño siempre que exista, la experiencia en puesto de naturaleza similar o de la misma área funcional, titulaciones que guarden relación con el puesto de trabajo, cursos de formación y perfeccionamiento adecuados al puesto de trabajo y el nivel de conocimiento acreditado del euskera cuando no constituya requisito así como el grado de desarrollo profesional al margen de los que sean un requisito exigido, en su caso, para el desempeño del puesto de trabajo. Además se podrá valorar, de forma potestativa el conocimiento de idiomas, La actividad docente o investigadora, participación en proyectos comisiones etcétera.

Prevé dicho artículo en su apartado 3 que para valorar la adecuación de las personas candidatas, aparte de las valoraciones de los méritos, se podrán utilizar pruebas de conocimiento elaboración y participación en proyectos de mejora, así como la presentación de memorias, pruebas de actitud y capacidad cognitiva, ejercicios y simulaciones demostrativos de la posesión de destrezas, posibilitando que las convocatorias exijan la necesidad de tener una puntuación mínima en la valoración de los méritos para poder acceder al puesto objeto de la convocatoria.

Con esta nueva regulación en el supuesto de que existan pruebas de conocimiento previas a la valoración de los méritos, estas pruebas deberán ser superadas y además se puede determinar para todo tipo de concursos una puntuación mínima en méritos, lo que significa que pese a que existan candidatos que cumplan los requisitos para poder optar a un puesto de trabajo quede la convocatoria desierta porque ninguno alcance el mínimo establecido o no superen las pruebas adicionales a la valoración de los méritos.

Finalmente el artículo 101 recoge la regulación de la remoción del personal funcionario que haya obtenido un puesto de trabajo por con-

curso, exigiéndose, salvo en el supuesto de amortización del puesto de trabajo, expediente contradictorio con la audiencia de la persona interesada y del órgano de representación unitaria correspondiente y finalmente resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento.

El Capítulo Tercero regula la libre designación, limitando la misma a los puestos de trabajo en razón de su especial responsabilidad y que no estén reservados al personal directivo público profesional así como a los puestos de trabajo que requieran para su desempeño especial confianza personal. Dicho sistema de provisión deberá ser recogido en las relaciones de puestos de trabajo.

Se incorpora como novedad la existencia de un órgano técnico de provisión, que se regula en el Capítulo Cuarto, que debe elaborar la relación de personas que acrediten las competencias requeridas y proponer, al órgano competente para el nombramiento, un listado máximo de 5 personas que acrediten la idoneidad y las competencias profesionales para el desempeño del puesto de trabajo, sobre las cuales el órgano competente procederá a la designación discrecional de la persona que deba cubrir el puesto de trabajo.

Es novedosa la reserva, que puede mantener el funcionario nombrado por libre designación dentro de su propia administración, respecto del puesto de cuya titularidad hubiera obtenido por vía de concurso o por asignación de destino tras el correspondiente proceso de acceso a la condición de funcionario.

El cese del personal funcionario y los puestos de libre designación se puede realizar de forma discrecional, si bien hay que indicar que la jurisprudencia de manera constante exige cada vez más una motivación del cese más allá de una frase ritual.

Esta nueva regulación, con reserva del puesto anterior, tiene por objeto incentivar la participación de los funcionarios en las convocatorias de

provisión por libre designación ya que al ser puestos de cese discrecional, si no existe una reserva del puesto anterior pueden finalizar en puestos profesionalmente de menor consideración que el puesto de concurso del que eran titulares previamente a acceder al puesto de libre designación.

El Capítulo Cuarto se refiere al órgano técnico de provisión de puestos de trabajo que debe responder a los principios de imparcialidad, objetividad, profesionalidad y especialización de sus miembros y debe estar equilibrado respecto a la pertenencia en el mismo de mujeres y hombres posibilitando excepcionalmente que se pueda recurrir a asesores externos.

El Capítulo Quinto se refiere a otros procedimientos de provisión de puestos de trabajo regulándose en el artículo 105 la adscripción provisional para los supuestos de derivados de remoción de puestos de trabajo obtenidos por concurso o por cese en un puesto de libre designación o por renuncia, rehabilitación o supresión del puesto de trabajo y destino o ingreso en el servicio activo reincorporación del titular o por provisión definitiva del puesto de trabajo. La regulación no plantea mayores novedades manteniéndose el límite de dos niveles inferiores al que tenga consolidado la persona afectada, en la asignación del nuevo puesto de trabajo y unas garantías transitorias retributivas en tanto se obtenga un destino definitivo.

El artículo 106 regula la comisión de servicios de una manera detallada, indicando que las Administraciones Públicas vascas se dotarán de instrumentos que permitan una provisión ágil y objetiva de las comisiones de servicios ordinarias en las que deba tenerse en cuenta los méritos referidos al puesto de la convocatoria, lo que parece exigir una previa regulación en las administraciones evitando así comisiones de servicio arbitrarias. De conformidad con lo indicado de manera general para las distintas modalidades de provisión de puestos en el artículo 94. 1 es de aplicación a las comisiones de servicio los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y transparencia, lo que exige una convocatoria pública de las con

el objeto que puedan concurrir todos aquellas personas funcionarias que cumpliendo los requisitos de la convocatoria les interese. El último párrafo del artículo 106 atribuye a las administraciones públicas determinar, entre otras cuestiones, el establecimiento de un tiempo máximo de permanencia en el desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios, así como el tiempo mínimo que debe transcurrir entre la adjudicación de la comisión de servicios y la posibilidad de participar en un nuevo proceso de provisión en comisión de servicio.

A diferencia de lo anterior, el artículo 107 que regula la comisión de servicios en una administración pública diferente limita el periodo temporal de dicha comisión de servicios a un año prorrogable hasta un máximo de cuatro años.

El artículo 108 regula la comisión de servicios en programas de cooperación que se limita a un periodo máximo de 6 meses. El artículo 109 regula la comisión de servicios forzosa para cuando no sea posible su desempeño voluntario a que su provisión sea urgente e inaplazable para el servicio con una duración máxima de un año prorrogable por otro más.

El artículo 110 regula la comisión de servicios para la puesta en marcha de proyectos y desempeño de funciones especiales no asignadas específicamente a un puesto de trabajo por un periodo máximo de 2 años prorrogable por 2 años más y finalmente el artículo 111 regula las causas de finalización de las comisiones de servicios.

El artículo 112 regula la reasignación de efectivos, que se producirá a partir de la supresión de un puesto de trabajo como consecuencia de la aplicación de un plan de ordenación de empleo público y que supone la asignación definitiva a otro puesto de trabajo. Exige dicho artículo que las Administraciones Públicas reglamenten el procedimiento para la reasignación del personal con arreglo a criterios objetivos, teniendo en cuenta su experiencia, formación y cualificación.

El artículo 113 se refiere a la redistribución de efectivos, que debe ser consecuencia de un plan o de medidas puntuales concretas de ordenación del empleo público, debiendo ser objeto de motivación suficiente, indicando la posibilidad de que el personal funcionario de carrera o laboral fijo adscrito a puestos no singularizados, pueda ser trasladado previa audiencia de la persona interesada, por necesidades de servicio o con la finalidad de optimizar los recursos humanos existentes en la organización, a otros puestos vacantes de similares características, siempre y cuando el conjunto de retribuciones percibidas en el nuevo puesto no sea ni superior ni inferior en un 10% a las del puesto de trabajo que inicialmente ocupaba, indicándose que el personal afectado pasa a ocupar el nuevo puesto con el tipo de adscripción que tuviera en el anterior.

El Capítulo Sexto regula la movilidad del personal funcionario público, que puede darse por razón de violencia de género, acoso laboral o sexual; por violencia terrorista; por motivos de salud; por sanción disciplinaria de traslado forzoso y la movilidad entre las Administraciones Públicas vascas, regulándose respecto a esta última el régimen jurídico del personal funcionario en relación a su administración de origen en la que quedará en la situación administrativa de servicio en Administraciones Públicas y que en los supuestos de remoción o supresión del puesto de trabajo obtenido por concurso, permanecerá en la administración de destino, que deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha administración. Sin embargo cuando el cese sea de un puesto obtenido por libre designación, la administración de destino, en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente del cese puede acordar adscribirle a otros puestos de la misma administración o le comunicará que no va a hacer efectiva dicha adscripción, en cuyo caso el personal afectado deberá solicitar en el plazo máximo de un mes el reingreso al servicio activo en su administración de origen, la cual deberá darle un puesto de trabajo conforme a los sistemas

de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha administración, con efectos económicos y administrativos desde que hubiera solicitado el reingreso. Finalmente el artículo 118. 7 posibilita que las Administraciones Públicas vascas regulen otros sistemas de movilidad que se adecuen a su propia organización, siempre que se respeten los derechos adquiridos de su personal empleado público, lo cual posibilita que en diferentes instrumentos de ordenación se puedan contemplar medidas de movilidad aparte de las reguladas, que se entiendan convenientes para la mejora del servicio público.

TÍTULO NOVENO – SISTEMA RETRIBUTIVO EN EL EMPLEO PÚBLICO VASCO

El Título IX, artículos 119 a 135, regula el sistema retributivo en el empleo público vasco. El artículo 119, relativo a los principios y requisitos generales del sistema retributivo, aporta los principios, desarrolla los mismos e incorpora en su punto 2 la obligatoriedad de establecer en la norma presupuestaria de cada administración pública vasca las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales, de las retribuciones complementarias del personal funcionario, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral. Se recoge, asimismo, en el punto 5 la posibilidad de que el personal empleado público pueda recibir ayudas previstas en los correspondientes programas de acción social promovidos por sus respectivas Administraciones Públicas, diferenciando por tanto estas ayudas de lo que son conceptos retributivos.

El artículo 120 regula el sistema retributivo del personal funcionario manteniendo la tradicional diferenciación entre retribuciones básicas, complementarias y pagas extraordinarias, incorporando asimismo la posibilidad de retribuciones diferidas.

En relación a las retribuciones básicas se determinan como tales el sueldo que asigna la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para cada subgrupo o grupo de clasificación o agrupación profesional sin requisito de titulación, los trienios detallando en el caso de que la persona funcionaria preste sus servicios sucesivamente en diferentes grupos y subgrupos tendrán derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los grupos o subgrupos anteriores y las pagas extraordinarias.

El artículo 122 regula las retribuciones complementarias definiéndolas como las que retribuyen las características del puesto de trabajo que ocupa, la progresión en la carrera profesional o el desempeño, el rendimiento o los resultados alcanzados por la persona funcionaria en el cumplimiento de sus funciones, responsabilidades y tareas que hayan sido asignadas al puesto de trabajo. Recoge también como retribuciones complementarias las gratificaciones por servicios extraordinarios.

El apartado dos de este artículo regula de manera novedosa que cada administración pública, de acuerdo con el modelo de empleo público que adopte, podrá establecer la estructura de sus retribuciones complementarias incorporando todos o algunos de los siguientes complementos que son el complemento de puesto de trabajo, que se subdivide en el complemento de destino y el complemento específico siguiendo el modelo tradicional, los novedosos complementos de carrera profesional que retribuirán la progresión profesional del personal funcionario a través de los diferentes grados de desarrollo profesional en los que se articula el sistema de carrera de cada administración pública vasca, el complemento por resultados en la gestión o productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. El complemento por resultados en la gestión o productividad exige una previa determinación de objetivos y una posterior evaluación del cumplimiento de los mismos, teniendo que estar previsto en la norma presupuestaria la cuantía global que se abona por dicho concepto para

cada anualidad así como la determinación global de la cuantía por servicios extraordinarios.

No obstante hay que indicar que el punto 3 indica que el Gobierno establecerá reglamentariamente los criterios básicos para la determinación de las retribuciones complementarias, por lo que las administraciones públicas deberán esperar a conocer dichos criterios previamente a diseñar sus retribuciones complementarias, especialmente para los grados de desarrollo profesional.

El artículo 123 regula las pagas extraordinarias, que son dos al año con un importe idéntico a una mensualidad de retribuciones básicas y la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo lógicamente las relativas al complemento por resultados en la gestión o productividad y las de gratificaciones por servicios extraordinarios.

El artículo 124 recoge, sin plantear novedades, las indemnizaciones por razones del servicio aunque en su punto cuatro indica que en ningún caso se devengará indemnización alguna cuando la pertenencia o participación en un órgano colegiado, Consejo de administración o tribunal de pruebas selectivas o de provisión esté determinada en razón directa del puesto de trabajo ocupado, lo cual es una aportación novedosa.

El artículo 125 regula las retribuciones del personal laboral remitiendo a la legislación laboral y al convenio colectivo, si bien de manera subsidiaria cabe acoger las determinaciones reguladas para los funcionarios.

El artículo 126 regula las retribuciones del personal que desempeñe puestos de dirección pública profesional indicando que se le retribuye con la estructura prevista en el artículo 120 y recoge determinaciones que conducen a asimilar sus retribuciones a retribuciones existentes para el personal funcionario, con la característica de que puede asignarse a dicho personal una retribución variable, que de asignarse no puede ser inferior al 5% ni superior al 15% del total de las retribuciones del puesto de trabajo.

El artículo 127 recoge las retribuciones del personal funcionario en prácticas, al que se le garantiza como mínimo las retribuciones básicas, pero si las prácticas se realizan desempeñando un puesto de trabajo se le garantiza las retribuciones correspondientes a dicho puesto de trabajo, con la excepción de si el personal funcionario en prácticas es a su vez personal funcionario de carrera, interino laboral de la misma administración pública puede optar entre las retribuciones correspondientes a la condición de personal funcionario en prácticas o a las que viniera percibiendo como personal funcionario de carrera, interino o laboral, siempre que continúe vinculado al mismo puesto de trabajo durante el permiso para la realización de las prácticas.

El artículo 129 recoge las retribuciones del personal funcionario interino sin plantear novedades.

El artículo 130 recoge las prescripciones del personal eventual al cual de manera expresa se le reconoce que son de aplicación las normas sobre perfeccionamiento y devengo de trienios aplicables al personal funcionario de carrera.

El artículo 131 regula las retribuciones diferidas, que son aquellas cantidades aportadas por las Administraciones Públicas vascas para financiar planes que incluyan la cobertura de contingencia de jubilación. La redacción es bastante deficiente ya que limita las aportaciones a las entidades de previsión social voluntaria siempre que se destinen a financiar planes de pensiones o de empleo, o contratos de seguros colectivos, que son figuras que no corresponden a las entidades de previsión social voluntaria ya que a ella les corresponden los planes de previsión.

El artículo 132 regula los complementos personales transitorios como fórmula para resolver las situaciones que se generan motivadas por las adscripciones provisionales a causa del cese en el puesto de trabajo por supresión o remoción del seguro por alteración sobrevenida del conte-

nido del puesto que se venía ocupando, por modificación de la valoración de los puestos, o por consecuencia de procesos de transferencias, con la novedad de que el reconocimiento de dichos complementos requiere resolución individualizada y no pueden ser ni incrementados ni revalorizados salvo que exista norma o pacto que de manera expresa determine su incremento o revalorización. Excluye este artículo de manera expresa la posibilidad de generar complementos personales transitorios por aplicación de medidas presupuestarias adoptadas por las Administraciones Públicas, que afectando a la totalidad o a determinados colectivos de empleados públicos suponga una merma de las retribuciones totales percibidas hasta entonces por estos, lo cual posibilita reducciones salariales no individualizadas que no generan complementos personales transitorios.

El artículo 133 recoge la deducción de retribuciones por la no realización por el personal empleado público, sin causa justificada la jornada de trabajo, aplicable también al supuesto de huelga, sin perjuicio de cuando pudiera suponer motivo de sanción disciplinaria.

El artículo 134 recoge de manera novedosa y detallada la situación de los pagos indebidos entendiendo por tal el que se realiza por error material, aritmético o de hecho a favor de persona en quien no concurra el derecho de cobro frente a la administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que se reconoce el derecho a la persona acreedora. Cuando el pago indebido sea por motivos distintos a estos debe acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos o anulables sin que pueda exigirse las devoluciones por el procedimiento de pagos indebidos.

Finaliza el Título con el artículo 135 que regula el devengo de las retribuciones sin incorporar novedades significativas.

La novedad más importante que aporta este título es la posibilidad de que cada administración pública opte por la incorporación de los com-

plementos de carrera profesional que retribuyen la progresión profesional si así lo estima oportuno, siendo este complemento de carrera profesional un complemento que no es incompatible en su percepción con los que se recogen dentro de lo que se denomina el complemento de puesto de trabajo, que son los tradicionales complemento de destino y complemento específico, es decir, se aumenta los conceptos retributivos por los cuales puede ser retribuido el funcionario público.

TÍTULO DÉCIMO – SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DEL PERSONAL FUNCIONARIO EN LAS AA.PP.VV.

El Título X regula las situaciones administrativas del personal en las Administraciones Públicas vascas y engloba los artículos 136 a 160.

El artículo 136 en su punto primero enuncia un total de 16 situaciones administrativas para el personal funcionario de carrera, lo que supone un incremento importante respecto a las reguladas previamente tanto en la ley de Función Pública Vasca como en el vigente Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

Recoge como criterio que no cabe conceder la excedencia voluntaria cuando el personal funcionario prolongue voluntariamente su permanencia en el servicio activo una vez rebasada la edad legal de jubilación ordinaria ni tampoco puede concederse la prórroga en el servicio activo al personal funcionario que se encuentre en alguna de las distintas opciones de excedencia voluntaria.

Respecto a la regulación del servicio activo, en el artículo 137 así como de los servicios especiales, en el artículo 138 no presentan novedades.

El artículo 139 regula la situación de servicio en otras Administraciones Públicas clarificando su punto quinto que el personal funcionario

que reingrese al servicio activo en la administración de origen procedente de la situación de servicio en otras Administraciones Públicas obtendrá el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva.

El artículo 140 regula los servicios como personal directivo público profesional en el sector público. Esta regulación es absolutamente novedosa y de la misma destaca que el personal funcionario de carrera que se encuentra en dicha situación tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo del que era titular previamente, bien por concurso bien mediante asignación de destino y también que a su vez conservará la condición de personal funcionario de carrera en la administración de origen.

El artículo 141 regula la excedencia voluntaria por interés particular, reduciendo los requisitos que el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público recoge para su concesión ya que únicamente exige una prestación de servicios efectivos de forma continuada por un periodo mínimo de 2 años inmediatamente anterior a solicitar la excedencia voluntaria por interés particular, en la que se debe permanecer un mínimo de 2 años continuados en dicha situación y tras reingresar de dicha situación no puede solicitarse otra excedencia voluntaria hasta que transcurran un mínimo de 3 años de servicios. Indica asimismo que el personal funcionario que hallándose en esta situación solicite el reingreso al servicio activo y no pudiera obtenerlo por falta de vacante continuará en dicha situación hasta tanto se produzca aquella.

El artículo 142 regula una nueva situación administrativa que es la excedencia voluntaria con reserva de puesto y destino a favor del personal funcionario de carrera. Se puede solicitar cuando se han prestado servicios efectivos de forma continuada por un periodo mínimo de 3 años y la excedencia voluntaria con reserva de puesto tiene una duración entre 6 meses y un año. Como toda excedencia voluntaria no devenga retribu-

ciones pero el apartado 5 del artículo impide expresamente desempeñar puestos de trabajo en el sector público bajo ningún tipo de relación funcional o contractual, así como desempeñar puesto en calidad de personal eventual o personal directivo público profesional en tanto se esté en esa situación administrativa.

El artículo 143 regula la excedencia voluntaria por agrupación familiar sin incorporar novedades significativas.

El artículo 144 regula la excedencia voluntaria por cuidado de familiares que integra también el atender a hijos o hijas y recoge de manera novedosa que el periodo de excedencia puede ser disfrutado de manera fraccionada si es compatible con las necesidades del servicio, siendo computable el tiempo de permanencia en esa situación efectos de trienios y derechos del régimen de la Seguridad Social y se les reservará durante los 3 años el puesto y destino salvo que se trate de un puesto de trabajo reservado a personal eventual o a personal directivo público profesional.

El artículo 145 regula la excedencia voluntaria por motivos de violencia de género y el artículo 146 la excedencia voluntaria por motivos de violencia terrorista en términos similares a lo regulado en la legislación básica pero con la diferencia que durante los 6 primeros meses de este tipo de excedencias la persona afectada tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y durante los 6 meses siguientes las retribuciones básicas más los trienios lo que mejora lo recogido en la legislación básica.

El artículo 147 regula la excedencia voluntaria incentivada, que es una nueva situación administrativa y es en la que incurre el personal funcionario de carrera que como consecuencia de la aplicación de los planes de ordenación de empleo público se encuentra en proceso de reasignación de efectivos. También puede pasar esta situación, previa solicitud individual en todos los casos, el personal funcionario que se encuentre en la situación de expectativa de destino o excedencia forzosa como conse-

cuencia de la aplicación de programas de ordenación del empleo público. La duración de la misma es de cinco años y el reingreso está condicionado a la existencia de plaza vacante. Dicho artículo reconoce a quienes pasen a la situación de excedencia voluntaria incentivada el derecho a una mensualidad de las retribuciones básicas y complementarias excepto las relativas a los objetivos de la gestión y gratificaciones extraordinarias, así como la parte proporcional de las pagas extraordinarias devengadas en el último puesto de trabajo desempeñado por cada año de servicios efectivos y con un máximo de 24 mensualidades.

El artículo 148 regula la excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público conforme venía regulándose anteriormente, indicando en su punto 6 que esa será la situación en la que incurrirán los funcionarios de una administración pública cuando ésta proceda a adscribirlos a una entidad instrumental propia o cuando presten servicios en esas entidades a través de programas específicos o convenios suscritos con la administración de origen.

El artículo 149 recoge la situación de expectativa de destino, que será aquella en la que es declarado el personal funcionario de carrera por un proceso de reasignación de efectivos, percibiendo las retribuciones básicas, el complemento de carrera profesional o en su defecto el grado personal consolidado, así como el 50% del complemento del puesto que le corresponda en el puesto de trabajo que desempeñaba antes de pasar a esta situación, si bien está obligado a aceptar destinos de características similares, desempeñar temporalmente puestos de trabajo similares, participar en concursos y en programas de formación. El periodo máximo de duración de esta situación de expectativa de destino es de un año transcurrido el cual se pasa a la situación de excedencia forzosa temporal.

El artículo 150 regula la excedencia forzosa temporal que tiene una duración máxima de 3 años, tras los cuales se pasará a la situación de ex-

cedencia forzosa. En la situación de excedencia forzosa temporal se tendrá derecho a la percepción de las retribuciones básicas y el complemento de carrera profesional o en su defecto el grado personal consolidado y el tiempo será computable a efectos de trienios y derechos pasivos y en su caso de consolidación de grado personal o de nivel de carrera profesional.

El artículo 151 regula la excedencia forzosa que es la situación en la que se encuentra_ el personal funcionario de carrera en los supuestos en que debiendo procederse a la adscripción provisional no sea posible por falta de un puesto vacante de su propio cuerpo, escala, o agrupación o bien cumplido el periodo de suspensión firme de funciones y solicitado el reingreso no hubiera puesto vacante o cuando proceda de la situación de excedencia forzosa temporal. En esta situación de excedencia forzosa el funcionario de carrera tiene derecho a la percepción de las retribuciones básicas y al 50% del complemento de carrera profesional reconocido o en su defecto al 50% del grado personal consolidado siendo computable el tiempo en esta situación a efectos de carrera profesional, trienios y derechos en el régimen de la Seguridad Social.

El artículo 152 regula el régimen jurídico de la excedencia forzosa obligando al personal funcionario de carrera en dicha situación a participar en todos los concursos que se convoquen y que cumplan los requisitos, a participar en programas de formación evaluada, indicando que la administración dispondrá del reingreso obligatorio al servicio activo en el momento en que exista vacante dotada presupuestariamente y el personal funcionario de carrera vendrá obligado a aceptar el destino que se le adjudique siempre que se trate de puestos de trabajo propios de su cuerpo, escala, especialidad o agrupación profesional sin requisitos titulación y cumpla los requisitos exigidos en las relaciones de puestos de trabajo o instrumentos similares. El personal funcionario de carrera en esta situación no puede desempeñar puestos de trabajo en el sector

público bajo ningún tipo de relación funcionarial o contractual así como tampoco puestos reservados al personal eventual o a personal directivo.

El artículo 153 regula la suspensión de funciones, que puede ser provisional o firme. El artículo 154 regula la suspensión provisional de funciones como consecuencia de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, siendo su duración máxima la de 6 meses, salvo que la demora hubiera sido imputable al personal funcionario expedientado pudiéndose prorrogarse dicha suspensión provisional cuando se esté sometido a un procedimiento judicial. Durante la permanencia en esta situación la persona funcionaria tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y en su caso las prestaciones familiares.

El artículo 155 regula la suspensión firme de funciones que se impondrá en virtud de sentencia o de sanción disciplinaria firme y no podrá exceder de 6 años y supone la pérdida de puesto y destino cuando la suspensión es superior a 6 meses.

El artículo 156 regula el reingreso al servicio activo indicando que se realizará a un puesto o dotación sin titular que se adecue al cuerpo, escala, subescala o agrupación profesionales sin requisito de titulación, clase o categoría así como a las competencias profesionales que se acrediten mediante el reconocimiento del grado de desarrollo profesional o en su defecto del grado personal consolidado por el personal funcionario y que no podrá realizarse dicho reingreso a aquellos puestos comprometidos e identificados de manera individualizada en procesos de selección o provisión definitiva.

El artículo 157 regula el reingreso al servicio activo proveniente de una situación que conlleve reserva de puesto de trabajo en tanto que el artículo 158 regula el reingreso al servicio activo proveniente de una situación que no conlleve reserva del puesto de trabajo, que de manera ordinaria se realizará a través de los sistemas de concurso y libre desig-

nación o también mediante la adscripción con carácter provisional a una vacante adecuada a su cuerpo, escala o agrupación profesional, indicándose expresamente que el reingreso al servicio activo del personal funcionario que no tenga reserva de puesto de trabajo se condicionará a la existencia de vacantes dotadas presupuestariamente y regula el apartado 3 de dicho artículo una prelación para reingresar en función de la situación administrativa de la que se provenga para el reingreso, primándose todas aquellas derivadas de planes de ordenación de empleo. Indica asimismo que el personal funcionario que solicita el reingreso al servicio activo y no puede obtenerlo pasa a la situación de excedencia forzosa, hasta que sea posible el reingreso activo con las consecuencias económicas correspondientes, excepto si proviene de una situación de excedencia voluntaria por interés particular o de expectativa de destino.

El artículo 159 regula las situaciones administrativas del personal funcionario interino indicándole que únicamente se les aplicarán las situaciones administrativas de servicio activo y suspensión de funciones de manera general aunque también pueden acogerse manteniendo la reserva del puesto a las situaciones administrativas de excedencia por cuidado de familiares, excedencia por razón de violencia de género y por violencia terrorista. En estos supuestos se mantendrá la reserva de puesto y destino salvo que se haya procedido a la provisión reglamentaria del puesto por personal funcionario de carrera, deje de existir el supuesto de hecho que justificó el nombramiento como funcionario interino o concurra cualquiera de las circunstancias de cese del personal interino.

El artículo 160, que es el último del Título, regula las situaciones del personal laboral indicando que estas se regirán el Estatuto de los trabajadores y los convenios colectivos que les sean de aplicación, que podrán determinar la aplicación del presente título que está destinado a personal funcionario de carrera o interino al personal laboral sí así se determina en los convenios colectivos.

TÍTULO UNDÉCIMO – DERECHOS, DEBERES, CÓDIGO DE
CONDUCTA E INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL
EMPLEADO PÚBLICOVASCO

El Título XI regula en los artículos 161 a 167 los derechos, deberes, código de conducta, incompatibilidades y responsabilidades del personal empleado público vasco.

El Capítulo Primero se refiere a los derechos del personal empleado público vasco, permisos, vacaciones y régimen de jornada laboral. El artículo 161 recoge los derechos individuales del personal empleado público vasco que son prácticamente los mismos que se recogen en la legislación básica con alguna concreción dirigida al derecho de adaptación del puesto de trabajo a las personas empleadas públicas con discapacidad.

El artículo 162 regula los derechos individuales ejercidos colectivamente, sin presentar novedades respecto a la legislación básica.

El artículo 163 regula los permisos del personal empleado público, indicando que dispondrá de los permisos regulados en la legislación básica de empleo público, en las leyes y reglamentos aplicables, así como los que se prevean en su caso en los instrumentos de negociación colectiva. Recoge este artículo en su punto segundo, el derecho a obtener un permiso sin retribución que se reconoce al personal funcionario de carrera o interino, que sea nombrado personal funcionario en prácticas en cualquier otra administración pública, durante el tiempo que dure el curso selectivo o el periodo de prácticas. Finalmente en relación al personal laboral manifiesta que serán de aplicación los permisos que se prevén en la legislación laboral, en los convenios colectivos y, en su caso, los previstos en la legislación básica de empleo público, es decir, no serían inicialmente de aplicación los permisos recogidos en la Ley de Empleo Público Vasco.

El artículo 164 regula las vacaciones con el mismo contenido que la regulación básica y el artículo 165 se refiere a la jornada de trabajo, indicando que es el tiempo durante el cual el personal empleado público debe permanecer en el trabajo a disposición de la entidad correspondiente y en el ejercicio de su actividad y de sus funciones. Recoge asimismo que las Administraciones Públicas vascas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de su personal, previa negociación colectiva al efecto, y que se regulará reglamentariamente la jornada a tiempo parcial, así como la posibilidad de desempeñar parcialmente el trabajo desde el domicilio de las personas empleadas públicas mediante la aplicación de instrumentos telemáticos. En relación al personal laboral resulta de aplicación este artículo y la legislación laboral correspondiente. Hay que hacer constar respecto al personal funcionario de la administración local, de conformidad con lo dispuesto en su normativa básica y concretamente en el artículo 94 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local su jornada anual es idéntica a la que se establezca para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, no siendo por tanto negociable en cada administración local la jornada, pero si el calendario que supone la distribución de las horas anuales entre los diferentes días hábiles.

El Capítulo Segundo regula el código ético y de conducta del empleado público vasco en un único artículo, en el que bajo la regla de que los valores y principios éticos corresponden a cada institución y no a cada colectivo humano que presta servicios en su seno, se traslada al personal empleado público vasco las determinaciones de la normativa básica y los principios generales que rigen el código de conducta de los cargos públicos en el sector público vasco tal como viene definido en la ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos. En el mismo artículo prevé un

desarrollo reglamentario por parte del Gobierno Vasco para el personal empleado público del sector público de la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y un mandato al resto de las Administraciones Públicas vascas para que aprueben un código ético y de conducta para su personal en desarrollo de los principios establecidos en la ley indicada.

El Capítulo Tercero se refiere a la responsabilidad y régimen de incompatibilidades, recogiendo los criterios de la normativa básica con expresa referencia a que las administraciones públicas cuando hubiera indemnizado a las personas lesionadas se dirigirán de oficio contra sus autoridades y su personal empleado público causante de daños por dolo, culpa o negligencia graves por el incorrecto funcionamiento de los servicios públicos mediante la instrucción del correspondiente expediente y previa audiencia de la persona interesada. Respecto al régimen de incompatibilidades el artículo 171 recuerda la obligación de observar estrictamente el régimen de incompatibilidades que establece la legislación vigente y la obligatoriedad de las administraciones públicas de exigir su cumplimiento, indicando que el desempeño de cualquier actividad en el sector público o privado requerirá, en todo caso, la previa y expresa autorización de compatibilidad.

TÍTULO DUODÉCIMO – RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El Título XII se refiere al régimen disciplinario y abarca los artículos 172 a 186.

El Capítulo Primero regula las disposiciones generales y principios del régimen disciplinario, indicando el artículo 172 que el ámbito de aplicación afecta al personal funcionario y al personal directivo público profesional, en tanto que el personal laboral se regirá por lo dispuesto en la normativa básica de empleo público y en lo no previsto en él por la le-

gislación laboral, por los convenios colectivos que suscriban las diferentes administraciones públicas y por las previsiones de este Título.

En relación al ejercicio de la potestad disciplinaria y la responsabilidad no plantea novedades, si bien merece la pena destacar que el artículo 174.2 posibilita que las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en los tipos de infracciones o sanciones establecidas en la ley sin alterar su naturaleza. Los límites respecto a la prescripción de las faltas y las sanciones se mantiene en lo que determina la legislación básica, es decir, que las faltas muy graves prescriben a los 3 años, las graves a los dos años y las leves a los 6 meses y las sanciones impuestas por faltas muy graves prescriben a los 3 años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

El Capítulo II regula las infracciones disciplinarias donde se recoge la tipificación de las mismas en muy graves, graves y leves. En el artículo 178 recoge las faltas muy graves trasladando las recogidas en la legislación básica y algunas otras de carácter similar adaptadas a la realidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi como son la falta injustificada de colaboración con el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, la incomparecencia injustificada a comisiones de investigación del Parlamento Vasco, de las Juntas Generales o en su caso de alguna de las cámaras de las Cortes Generales e incorpora también algunos nuevos tipos como la realización en la jornada laboral de manera reiterada con ánimo de lucro de otro tipo de actividades personales o profesionales, o la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la normativa sobre contratación del sector público cuando mediar al menos negligencia grave.

El artículo 179 tipifica las faltas graves, donde destacan la de utilizar de forma reiterada indebidamente los medios, incluidos los telemáticos, que la administración pública ha puesto a su disposición para el cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo asignado, aceptar

cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas, la tolerancia de las personas responsables de la unidad o del personal directivo público ante la comisión de faltas por el personal subordinado, el incumplimiento de la norma sobre bajas por enfermedad o accidente, la ausencia injustificada en el puesto de trabajo durante la jornada laboral, emplear o autorizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a terceros, salvo que por su escasa entidad constituyan falta leve y la emisión de informes sobre asuntos del servicio, que sin faltar abiertamente a la verdad desnaturalicen la misma valiéndose de términos ambiguos, confusos o tendenciosos o mediante inexactitudes cuando tengan por objeto la obtención de beneficio propio o ajeno, o cause perjuicio a la administración o a la ciudadanía.

El artículo 180 recoge las faltas leves que mayoritariamente son tipos previstos como faltas graves pero en un nivel de intensidad menor con una última falta tipo de cierre que es el de cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones de los empleados públicos así como de los principios éticos sobre conducta siempre que no se hayan calificado como falta grave o muy grave. En relación a los criterios para la calificación de las faltas se recogen tres que son el grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la administración o de la ciudadanía y el descrédito para la imagen pública de la administración.

El Capítulo Tercero recoge las sanciones disciplinarias. El artículo 182 determina los tipos de sanciones que van desde la separación del servicio del personal funcionario, que en el caso de personal interino comportará la revocación de su nombramiento y la baja definitiva de las bolsas de trabajo, el despido disciplinario para el personal laboral que comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo sea fijo por tiempo indefinido o temporal con funciones similares a los que

desempeñaba, suspensión firme de las funciones con duración máxima de 6 años , traslado forzoso con o sin cambio de centro orgánico por el periodo en que cada caso se establezca , el demérito que consiste en la penalización a efectos de carrera promoción o movilidad voluntaria, el apercibimiento y finalmente la obligación de realizar programas o cursos de formación sobre ética pública.

El artículo 183 recoge las sanciones que se pueden imponer según el tipo de infracción que en el caso de las muy graves, aparte de las revocaciones de nombramiento de personal interino, despido y similares se incorpora la suspensión firme de funciones por un período entre 2 años y un día y 6 años. Por la comisión de faltas graves la suspensión de funciones por un período entre 31 días y dos años entre otros tipos de sanciones y por la comisión de faltas leves la suspensión de funciones y retribuciones o de empleo y sueldo en el caso de personal laboral por un periodo de 1 a 30 días, el apercibimiento o la obligación de realizar cursos de formación y ética pública y de cualquier otro contenido relacionado con la naturaleza de la infracción cometida. Recoge, asimismo, que procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando se ha declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

El artículo 184 recoge los criterios para la graduación de las sanciones, que tendrán en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que revele la conducta, el grado de participación en la comisión o la omisión, la gravedad de los daños causados al interés público y la reiteración o reincidencia. Recoge que la reiteración existe cuando al cometer la falta disciplinaria la persona responsable haya sido sancionada por otra falta ya sea de mayor, igual o inferior gravedad por resolución firme, y la reincidencia existe cuando la persona responsable ya ha sido sancionada por una falta de la misma naturaleza por resolución firme y el

último criterio para la graduación es la falta de respeto a las ciudadanas o ciudadanos o al resto del personal empleado.

El Capítulo Cuarto recoge el procedimiento disciplinario. En su artículo 185 regula las normas generales del procedimiento disciplinario, que es exigible para las faltas graves o muy graves. Para las faltas leves el punto 2 de dicho artículo recoge que la imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por un procedimiento sumario y simplificado, que se regulará reglamentariamente, con la audiencia de la persona interesada y que dicho procedimiento no podrá exceder de un mes desde que se inició. Asimismo dicho artículo recoge que el Gobierno Vasco aprobará el reglamento que regule el procedimiento disciplinario, que debe atender en todo caso los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa de las personas presuntamente responsables. El mismo artículo posibilita que las administraciones forales, locales y la Universidad del País Vasco puedan adaptar las previsiones recogidas en el reglamento citado en el apartado anterior, es decir, el que regule el régimen de procedimiento disciplinario a sus propias peculiaridades organizativas respecto a los procedimientos disciplinarios que tengan por objeto faltas muy graves y graves estableciendo en todo caso la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora encomendándose a órganos distintos. La duración del procedimiento no podrá exceder de 6 meses y las sanciones disciplinarias se ejecutarán conforme a los términos de la resolución en el plazo máximo de 3 meses.

Es de suponer que en tanto se desarrollen reglamentariamente estos preceptos y previsiones seguirán en vigor las disposiciones reglamentarias que no se opongan a lo previsto en la ley.

Finalmente el artículo 186 regula las medidas provisionales que se pueden imponer en los procedimientos por faltas graves y muy graves, reconociéndose que la suspensión provisional no podrá exceder de 6 meses

salvo en el caso de paralización del procedimiento imputable a la persona interesada y que el tiempo de permanencia en suspensión provisional será tenido en cuenta para el cumplimiento de la suspensión firme. Durante el tiempo de suspensión provisional se tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y en su caso las prestaciones familiares por hija o hijo a su cargo, con efectos diferentes en función de que finalmente sea sancionado por un tiempo superior a la suspensión o no sea sancionado, en cuyo caso deberá la administración restituirle todos los haberes dejados de percibir y computar el tiempo de suspensión como servicio activo.

TÍTULO DECIMOTERCERO – DE LA NORMALIZACIÓN LINGÜÍSTICA

El Título XIII comprende los artículos 187 a 190 y trata de la normalización lingüística.

El artículo 187 regula los perfiles lingüísticos y los planes de normalización del uso del euskera indicando que en el marco de los criterios que establezca el Gobierno Vasco las Administraciones Públicas vascas aprobarán su correspondiente instrumento de planificación lingüística, que será objeto de informe por parte del Gobierno Vasco. Previamente a su aprobación reitera la exigencia de que todos los puestos de trabajo, incluidos los de naturaleza temporal o coyuntural, tendrán asignado un perfil lingüístico que a partir de su fecha de preceptividad se constituirá como exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo, si bien el Gobierno Vasco determinará reglamentariamente los supuestos, en que con carácter excepcional y por razones objetivamente apreciables, la persona titular de un puesto de trabajo pueda ser eximida del cumplimiento del perfil asignado a dicho puesto, por tanto, se prevén posibilidades de excepción de manera individual y no por categorías generales. Se mantiene la obligatoriedad del

informe preceptivo del Gobierno Vasco previamente a la asignación del perfil lingüístico a los puestos de trabajo, si bien se incorpora una previsión indicando que la modificación de un puesto de trabajo consistente en la acreditación del perfil lingüístico asignado, es decir, una fecha de vencimiento para la acreditación del perfil solamente tendrá efectos con relación a procesos selectivos y de provisión que hayan sido convocados con posterioridad a la aprobación de dicha modificación, es decir, que si una persona es titular de un puesto de trabajo que no requiere acreditar su perfil lingüístico, aunque posteriormente devenga preceptivo el perfil, dicha exigencia afectará únicamente a procedimientos posteriores de provisión y por tanto no afectaría al titular del puesto de trabajo en el momento de devenir exigible la acreditación del perfil.

El artículo 188 regula los procesos selectivos y de provisión de puestos y se mantiene el criterio que la puntuación otorgada al conocimiento del euskera representará un porcentaje que no podrá ser en ningún caso superior al 20% ni inferior al 5% de la puntuación máxima alcanzable en el conjunto del proceso selectivo en aquellos supuestos que no sea perceptivo el perfil lingüístico. Esta redacción avala la interpretación de que la valoración del euskera se realiza al margen de la valoración de las pruebas del proceso selectivo y de los méritos de aplicación.

El artículo 189 reafirma que el Instituto Vasco de Administración Pública será el único organismo habilitado para la acreditación de perfiles lingüísticos y que sin perjuicio de la representación que le corresponde en los tribunales calificadoros de los procesos selectivos de acceso, una persona representante de dicho Instituto formará parte de los tribunales en aquellas pruebas que estén destinadas a la acreditación del perfil lingüístico exigido en la convocatoria.

Se prevé en el artículo 190 la posibilidad de que el Gobierno Vasco establezca reglamentariamente el régimen de convalidación de certifica-

dos oficiales, títulos y otros sistemas de comprobación y evaluación del conocimiento del euskera a los efectos de acreditar en las Administraciones Públicas vascas el cumplimiento de los perfiles lingüísticos.

TÍTULO DÉCIMO CUARTO – DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS VASCAS

El Título XIV regula la negociación colectiva en las Administraciones Públicas vascas, abarca los artículos 191 a 199, y establece únicamente lo que serían las peculiaridades propias que la negociación colectiva presenta en estas administraciones.

El artículo 191 recoge los principios generales para la ordenación de la negociación, recogiendo los principios de legalidad, de cobertura presupuestaria, de obligatoriedad de la negociación en los apartados que recoge, que prácticamente son los recogidos en la legislación básica, el principio de buena fe negocial, el principio de publicidad y transparencia, el principio de competencia, el principio de jerarquía, el principio de aplicación directa, el principio de vigencia que recoge la prórroga anual si no media renuncia expresa de una de las partes o acuerdo en contrario, el principio de cumplimiento de pactos y acuerdos y respecto al personal laboral manifiesta que la negociación se regirá por la legislación laboral.

Finaliza dicho artículo indicando que son nulos de pleno derecho los pactos y acuerdos de condiciones de trabajo del personal funcionario y los convenios colectivos que infrinjan los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, competencia o jerarquía. Se mantiene en dicho artículo la previsión legal de que en caso de falta de acuerdo en la negociación o en la renegociación los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas vascas podrán establecer las condiciones de trabajo del personal funcionario.

El artículo 193 regula los órganos técnicos de negociación colectiva, incorporando como novedad que las administraciones públicas pueden crear órganos técnicos que las representen durante el proceso de negociación colectiva para determinar las condiciones de trabajo del personal empleado público, sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos con competencia para ello.

El artículo 194 regula la aprobación de acuerdos de condiciones de trabajo y convenios colectivos en la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, indicando que los representantes de la administración deberán cumplir las instrucciones que establezca el Gobierno Vasco y que previamente a su aprobación requiere un informe de los departamentos competentes en materia de empleo público y hacienda, siendo nulos de pleno derecho los actos y acuerdos de aprobación de acuerdos de condiciones de trabajo y de convenios colectivos con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable.

El punto 6 de dicho artículo indica que las administraciones forales o locales así como la Universidad del País Vasco regularán el procedimiento de aprobación de acuerdos de condiciones de trabajo y convenios colectivos, teniendo en cuenta las características de su organización y deberán establecer, en todo caso, un trámite de informe con carácter previo a la aprobación, que valorará el cumplimiento de los principios de la negociación colectiva recogidos en la ley, pero no incorpora una sanción de nulidad de dichos actos y acuerdos cuando se omita el informe o cuando éste sea desfavorable como expresamente lo hace respecto los acuerdos de aplicación a la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El artículo 195 regula las mesas de negociación siguiendo los criterios de la legislación básica y el artículo 196 regula la mesa marco de negociación de las Administraciones Públicas vascas, indicando que por

acuerdo de dichas administraciones puede constituirse una mesa marco de negociación de las administraciones públicas vascas en la que la representación de ésta será unitaria y estará presidida por la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y contará con representantes de las administraciones forales, de la Asociación de Municipios Vascos y de la Universidad del País Vasco. Serán materias objeto de negociación en esta mesa las relacionadas en la normativa básica del empleo público que sean susceptibles de regulación por ley del Parlamento Vasco, o por reglamentos de desarrollo que resulten de aplicación al conjunto del personal empleado público de las Administraciones Públicas vascas.

El artículo 197 recoge la negociación colectiva por las asociaciones municipales y entidades paramunicipales reconociéndose la legitimación para negociar de EUDEL, como también se reconoce a las entidades locales de ámbito supramunicipal, posibilitando a los municipios adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

El artículo 198 habla de las unidades electorales reconociéndose las correspondientes a la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la previsión de establecer una unidad electoral para cada Diputación Foral, ayuntamiento y demás entidades locales previendo la posibilidad de que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas vascas, previo acuerdo con las organizaciones sindicales, puedan modificar o establecer otras unidades electorales.

El artículo 199 regula la solución extrajudicial de conflictos colectivos, posibilitando la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos. El punto 2 de dicho artículo prevé la posibilidad de que el Gobierno Vasco, previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas, pueda crear un órgano de mediación y arbitraje que tenga como finalidad la solución extra-

judicial de conflictos colectivos en la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y en tanto no se cree dicho órgano dichas labor recaerá en el Consejo de Relaciones Laborales. Se posibilita a todas las Administraciones Públicas vascas a acudir al órgano de mediación y arbitraje antes referido, cuando hayan acordado la utilización de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos con las correspondientes organizaciones sindicales más representativas. Recoge que los sistemas de resolución de conflictos podrán estar integrados por procedimientos de mediación y de arbitraje, indicando que la mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan quienes realicen la mediación podrán ser libremente aceptadas o rechazadas, mientras que en el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma. Clarifica el artículo que el acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución del arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación que los pactos y acuerdos.

DISPOSICIONES ADICIONALES

La ley recoge un total de 33 Disposiciones Adicionales entre las que merece destacar las siguientes:

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Regula la equivalencia de cuerpos y escalas de las Administraciones Públicas vascas, indicando que con el fin de facilitar la movilidad de las personas empleadas públicas el Gobierno Vasco, previo examen por parte de la Comisión de Coordinación, pueda establecer quienes puedan participar en aquellas convocatorias que para la provisión de puestos de trabajo efectúen las distintas Administraciones Públicas vascas.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Regula los supuestos especiales de movilidad entre las escalas, indicando que cuando así lo prevean las bases de la correspondiente convocatoria, el personal funcionario de carrera podrá acceder a otra escala de su mismo cuerpo mediante los sistemas de provisión de puestos de trabajo previstos en la ley, siempre que la titulación que le sirvió de acceso a la escala que pertenece figure como requisito de acceso a la nueva escala.

DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA. Regula el acceso al cuerpo sin cumplir el requisito de titulación. Indica que se podrá acceder a través de procesos de promoción interna a plazas del subgrupo C 1 sin encontrarse en posesión de la titulación requerida, siempre que se acredite una antigüedad de 10 años, en un cuerpo escala del subgrupo C2 o de 5 años y la superación de un curso específico de formación al que se accederá por criterios objetivos. La regulación traslada la actualmente vigente, pero añade como novedad que la previsión anterior resultará igualmente de aplicación en relación con la promoción interna para el acceso a plazas de subgrupo C2 desde cualquier agrupación profesional sin requisito de titulación.

DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA. Regula al personal directivo público profesional de las Administraciones Públicas vascas indicando que podrán tener la consideración de puestos directivos en el ámbito de Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos los puestos de subdirector y delegado territorial de la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como los puestos directivos de los entes instrumentales con responsabilidad directiva. Recoge así mismo que corresponde a los órganos competentes de las entidades locales definir los puestos que deban de ser desempeñados por personal directivo público profesional en aplicación de la ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones locales de Euskadi y supletoriamente por lo dispuesto en esta ley.

DISPOSICIÓN ADICIONAL UNDÉCIMA. Recoge los efectos del silencio administrativo en los procedimientos previstos en la ley, indicando que se entenderán desestimadas las peticiones relativas al reconocimiento de grado de desarrollo profesional y en su caso del grado personal consolidado, el reconocimiento de trienios, el reconocimiento del derecho a la percepción de primas, premios e indemnizaciones con motivo de la jubilación, el reingreso al servicio activo, la rehabilitación de la condición de personal funcionario, las solicitudes de prolongación de permanencia en el servicio activo y de jubilación parcial, la integración en los cuerpos y escalas y agrupaciones profesionales sin requisitos de titulación y encuadramiento en especialidades o áreas funcionales, cualquier solicitud de reclamación relativa a los procedimientos de provisión y selección de puestos de trabajo, las solicitudes de homologación, las solicitudes de compatibilidad y las solicitudes de permisos cuya concesión esté sometida la cobertura de necesidades del servicio cuando el permiso solicitado sea por una autorización superior a 15 días consecutivos así como cualquier otra solicitud susceptible de producir efectos económicos.

Respecto a la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de actividades, se clarifica el sentido del silencio, modificando el previamente establecido en la normativa estatal que lo regula como silencio positivo, lo que puede dar lugar a un problema competencial.

DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEGUNDA. Recoge que las entidades locales serán asistidas por las Diputaciones forales y por el Gobierno Vasco para la correcta implantación de todos los instrumentos de gestión establecidos en la ley, posibilitando que las Diputaciones forales y el Gobierno Vasco puedan suscribir acuerdos o convenios de colaboración con la asociación o asociaciones de municipios más representativas con el fin de que sean éstas las que presten la asistencia técnica requerida.

DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOQUINTA. Recoge que las Administraciones Públicas vascas deberán elaborar, aprobar y aplicar un plan de igualdad que debe ser previamente objeto de negociación con la representación del personal sindical en el plazo máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de la ley.

DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOTERCERA. Establece la obligatoriedad, en el plazo improrrogable de 12 meses desde la entrada en vigor de la ley de que los órganos de gobierno de las administraciones públicas vascas, así como sus entes dependientes determinarán el número de puestos de trabajo reservados a su cobertura por personal eventual en su relación de puestos de trabajo, así como la dotación presupuestaria correspondiente.

DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOCTAVA. Regula la situación del personal laboral por tiempo indefinido en cumplimiento de sentencia judicial. Indica que una vez firme la sentencia por la que se reconoce a la persona interesada la condición de personal laboral por tiempo indefinido el cumplimiento de la misma se llevará a efecto a través de una resolución administrativa en que se detallarán, al menos, los aspectos referentes a la categoría profesional, retribuciones, jornada y convenio de aplicación. La administración correspondiente deberá llevar a cabo la creación de la dotación correspondiente, salvo que ello no fuera necesario por existir plaza vacante disponible al efecto, y dicha dotación de nueva creación se incluirá en la primera Oferta de Empleo Público o concurso de traslados que se convoque. La relación jurídica laboral por tiempo indefinido se mantendrá hasta su extinción cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: la cobertura reglamentaria del puesto a través de procesos selectivos y de provisión definitiva, por la adquisición por parte de la persona empleada laboral indefinida de la condición de personal funcionario de carrera o personal laboral fijo, o por la amortización del puesto de trabajo. De manera excepcional, se recoge un procedimiento,

a los efectos exclusivos de regularizar la situación y el dimensionamiento de los efectivos implicados, en el caso de que existe una pluralidad de resoluciones judiciales firmes declarando la condición de personal laboral por tiempo indefinido, que presenten como elemento común, el desempeño de funciones, puestos de trabajo, categorías profesionales iguales o equivalentes y no resulte precisa la cobertura de la totalidad de los puestos de trabajo ocupados por el personal en cuyo favor se dictaron dichas resoluciones judiciales, pudiendo la administración afectada proceder a extinguir las relaciones laborales, conforme al procedimiento que se indica, que requiere la realización de un plan de ordenación de empleo público, que justifique la no necesidad de la cobertura de la totalidad de los puestos ocupados por personal laboral por tiempo indefinido cuya relación laboral haya sido reconocida por sentencia firme, detallando de manera razonada el número de plazas a proveer. Dicho plan debe identificar de manera detallada las plazas a proveer, procediéndose a la creación formal de dichas dotaciones para a continuación proceder a la cobertura reglamentaria de las plazas creadas en un proceso selectivo convocado y desarrollado conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad y una vez resuelta la Oferta de Empleo Público se extinguirá la relación laboral de carácter indefinido de las plazas incluidas en el plan de ordenación de empleo público que dio origen al proceso selectivo. Se recoge asimismo en el punto 6 de dicha Disposición Adicional que el profesional que a la entrada en vigor de la ley tenga reconocida la condición de personal laboral por tiempo indefinido por sentencia podrá participar en el proceso selectivo previsto en la Disposición Transitoria Decimonovena, conforme a las condiciones y requisitos de participación exigidos en la misma, pero la Ley no tiene Disposición Transitoria Decimonovena que presumiblemente derivaba de una redacción anterior que ha desaparecido con motivo de las leyes que regulan los procesos de estabilización en el empleo público.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA. Recoge la jubilación parcial y anticipada del personal funcionario a las que se puede acceder, a solicitud de la persona interesada, en las condiciones y con los requisitos establecidos en el régimen de la Seguridad Social que les sea aplicable. Recoge asimismo que en el marco de los respectivos planes de ordenación de empleo público las Administraciones Públicas vascas podrán aprobar medidas destinadas a incentivar la jubilación de sus empleados públicos con anterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria. Esta previsión vuelve a dar carta de naturaleza como instrumento incorporado en un plan de ordenación de empleo público a las renunciadas e incluso a las primas de jubilación voluntaria anticipada.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMO PRIMERA. Recoge la posibilidad de la reducción del complemento específico a los efectos de autorizar la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas, siguiendo así la normativa que se ha ido incorporando a la legislación del personal funcionario de la Administración del Estado, si bien se excluye de dicha posibilidad al personal directivo público profesional, al personal eventual con rango igual o superior al de director o directora y a quienes desempeñen puestos que tengan asignado un complemento de destino de nivel 29 o 30 y al que incluya el factor de incompatibilidad entre las retribuciones complementarias que percibe.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMO TERCERA. Reconoce la autonomía de las administraciones forales y locales y de la Universidad del País Vasco respecto de su capacidad de negociación y regulación de los diversos aspectos contemplados en esta Ley de Empleo Público Vasco y en particular lo que se refiere al registro de personal, análisis de puestos, desarrollo profesional, provisión de puestos de trabajo y prestaciones sociales.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La ley recoge 18 Disposiciones Transitorias entre las que merece la pena destacar las siguientes:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. Se refiere al sistema de equivalencias entre grados personales y grados de desarrollo profesional, contemplando la previsión que el Gobierno Vasco establecerá mediante Decreto, un sistema de equivalencias entre los grados profesionales consolidados y los grados de desarrollo profesional, a efectos de reconocer al personal funcionario que preste servicios en las Administraciones Públicas vascas, un determinado grado de carrera profesional en sus respectivas organizaciones. Regulará asimismo un sistema de equivalencias para que pueda ser reconocido el nivel de desarrollo profesional que se obtenga en una administración por el resto de las administraciones.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA. Recoge el régimen transitorio de consolidación del grado personal, indicando que el personal funcionario de carrera seguirá poseyendo un grado personal hasta que se proceda a la implantación de la carrera profesional a través de los grados de desarrollo profesional y se le reconozca un nivel de desarrollo profesional en la aplicación de las equivalencias que se establezcan. Recoge así mismo, en tanto que permanezca transitoriamente vigente el grado personal las reglas para adquisición y consolidación del citado grado, sin presentar novedades sobre las actualmente existentes.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA. Recoge que las situaciones administrativas reconocidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Empleo Público se mantendrán en los mismos términos y condiciones a las que fueron otorgadas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA. Indica que mientras no se proceda a la implantación del sistema de carrera profesional y del sistema

retributivo previsto en la ley, la cuantía del complemento de destino se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con lo previsto, en su caso, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA. Prohíbe reconocer retribuciones a cuenta o anticipadas de complemento de carrera profesional al personal empleado público, insistiendo en que el devengo del complemento de carrera profesional requiere, con carácter previo, la implantación del modelo de carrera profesional por parte de cada administración pública y el reconocimiento expreso de un determinado grado de desarrollo profesional a la persona funcionaria de acuerdo con todos los requisitos establecidos en la ley. Esta previsión tiene una finalidad clara, que es evitar que se reconozcan retribuciones añadidas a las actuales en función de futuras implantaciones del complemento de carrera profesional.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DÉCIMA. Se refiere al personal laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario, posibilitando que puedan seguir desempeñándolos así como que puedan participar en los procesos selectivos de promoción interna incluso a plazas de funcionarios siempre y cuando cumplan los requisitos de titulación y demás exigibles.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA UNDÉCIMA. Recoge la situación del personal funcionario que resulte adscrito a una entidad del sector público posibilitándose, a su elección integrarse en dicho ente como personal laboral o mantener la condición de personal funcionario en el nuevo ente público.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DUODÉCIMA. Recoge una promoción interna horizontal excepcional dentro del grupo A de clasificación que tendrá su aplicación fundamentalmente en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOTERCERA. Recoge en relación al personal empleado público que ocupa puestos de trabajo, bien como personal funcionario de carrera, laboral fijo y eventual, que se clasifican como propios del personal directivo profesional respetándoles su régimen jurídico. Es importante resaltar que esa garantía no se extiende a funcionarios interinos o personal temporal y la referencia a personal eventual se limita al de los nombrados conforme al artículo 176.3 del Texto Refundido de las Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, lo que puede dar pie a interpretar que sigue vigente dicho precepto

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOCUARTA. Indica que el régimen retributivo previsto en la ley, no puede comportar para el personal incluido en su ámbito de aplicación, la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para dicho personal en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre, posibilitando la generación de un complemento personal transitorio por la diferencia, como consecuencia de la aplicación del régimen retributivo establecido en la ley, si experimentara una disminución en el total de las retribuciones anuales fijas y periódicas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOSEXTA. Indica que los procedimientos selectivos o de provisión, iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, se registrarán por la normativa anterior, entendiéndose que se han iniciado si se ha publicado la correspondiente convocatoria.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOCTAVA. Recoge la posibilidad de procesos especiales de funcionarización o laboralización del personal empleado público mediante convocatorias excepcionales de pruebas selectivas restringidas.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Deroga la ley 6/ 1989 de la Función Pública Vasca así como cualquier otra disposición de igual o inferior rango que se oponga a lo establecido en la ley.

DISPOSICIONES FINALES. La Ley contempla cinco, la Primera modifica la Ley de Gobierno del Gobierno Vasco para definir el personal alto cargo, la Segunda recoge una habilitación al Gobierno Vasco para dictar cuantas disposiciones de carácter reglamentario se estimen precisas en desarrollo de la ley, la Tercera modifica la Ley de Cuerpos y Escalas de la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Cuarta recoge el procedimiento de integración y aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de la administración penitenciaria y finalmente la Disposición Final Quinta recoge la entrada en vigor indicando que se produce al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco, es decir, ha entrado en vigor el martes 27 de diciembre de 2022.

PREVISIONES DE DESARROLLO REGLAMENTARIO EN LA LEY DE EMPLEO PÚBLICO VASCO

Pese a la amplitud de la Ley, la misma recoge remisiones a un necesario desarrollo reglamentario para la efectiva implementación de aspectos fundamentales de su contenido, desarrollo reglamentario que va a condicionar la actuación de las diferentes administraciones públicas vascas en orden a definir dentro de los amplios márgenes que la Ley les concede su propio modelo de gestión del empleo público. A continuación se relacionan las principales remisiones a desarrollo reglamentario recogidas en la Ley.

ARTÍCULO 54.- Evaluación del desempeño requiere desarrollo reglamentario de cada administración pública

ARTÍCULO 76.- Criterios del periodo de práctica o prueba, requiere desarrollo reglamentario por el Gobierno vasco

ARTÍCULO 80.- Requiere desarrollo reglamentario para posibilitar la convalidación del perfil lingüístico cuando se realiza la prueba en euskera.

ARTÍCULO 82.- Prevé el desarrollo reglamentario respecto a los órganos permanentes de selección.

ARTÍCULO 88.- Desarrollo reglamentario en cada administración pública para la implantación de la carrera profesional horizontal

ARTÍCULO 112.- Reglamentación de cada administración pública para proceder a las reasignación de efectivos

ARTÍCULO 122.- Decreto del Gobierno vasco para fijar los criterios para la determinación de las retribuciones complementarias.

ARTÍCULO 185.- Decreto del Gobierno vasco para regular el procedimiento disciplinario.

NOTAS

OHARRAK

EXPLANATORY NOTES

Textos escritos en euskera. Bizkaia, siglos XVII-XIX

NERE JONE INTXAUSTEGI JAUREGI

Doctora en Historia y en Derecho

Profesora contratada doctora en la Facultad de Derecho, Universidad de Deusto

Historiako eta Zuzenbideko doktorea

Irakasle kontratatu doktorea Zuzenbide Fakultatean, Deustuko Unibertsitatean

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 12/03/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 31/05/2023

Resumen: Este artículo presenta documentación inédita de los siglos XVII y XIX que fue escrita en euskera. Estos documentos se encuentran localizados en el Archivo Histórico Foral de Bizkaia, y relatan circunstancias del territorio histórico vizcaíno.

Palabras clave: euskera, lengua, archivo, Bizkaia.

Euskaraz idatzitako testuak. Bizkaia, XVII-XIX mendeak.

Laburpena: Artikulu honetan XVII eta XIX. mendeetan argitaratu gabeko agiriak aurkezten dira, euskaraz idatziko agiriak, alegia. Agiri horiek Bizkaiko Foru Agiritegi Historikoan daude eta Bizkaiko Lurralde Historikoaren gertakizunak jaso dituzte.

Gako-hitzak: euskara, hizkuntza, agiritegia, Bizkaia.

Texts written in Basque. Bizkaia, 17th-19th centuries

Abstract: This article presents unpublished documentation from the 17th and 19th centuries that was written in Basque. These documents are located in the Foral Historical Archive of Bizkaia, and relate circumstances of the Biscayan historical territory.

Key words: Basque, language, archive, Bizkaia.

SUMARIO: I. BREVE HISTORIA DEL EUSKERA COMO LENGUA ESCRITA. II. ORDUÑA Y SU BREVE DICCIONARIO. III. LIBELO EN OTXANDIO. IV. BILBAO Y LA TERCERA GUERRA CARLISTA (1872-1876). V. A MODO DE EPÍLOGO.

I. BREVE HISTORIA DEL EUSKERA COMO LENGUA ESCRITA

El euskera no ha tenido un estatus de idioma oficial hasta el siglo XX, hecho que explica su casi nula utilización en la documentación de carácter público antes de esa centuria. No hay que perder de perspectiva que la imposición del castellano como *lingua franca* desde la Baja Edad Media y, especialmente, a partir de la Edad Moderna, supuso que otros idiomas llegasen a ser considerados bárbaros y salvajes¹. De hecho, la necesidad de conocer la lengua castellana era absolutamente necesaria para hacer carrera en la Monarquía hispánica².

Ese estatus de *lingua franca* significó la redacción en castellano de la documentación en los territorios que formaban parte de la Corona de Castilla. De esta manera, los distintos cuerpos legislativos que conformaron el Derecho de Bizkaia hasta el siglo XIX, como son los textos fundacionales de las villas (en muchos casos, el Fuero de Logroño de 1095 fue la base), el Fuero de los Labradores de Durango (segunda mitad del siglo XII), el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango (siglo XIV), el Cuaderno de Juan Núñez de Lara (1342), las Ordenanzas de Gonzalo Moro (1394), el Fuero de Avellaneda (1394), los Capitulados de Chinchilla (1483 y 1487), el Fuero de las Encartaciones (1503), el Fuero del Albedrío (1503), el Fuero Viejo (1452), la Reforma del Fuero Viejo (1506), el Fuero Nuevo (1526), los Escritos de la Unión y Concordia (1630), conformaron el Derecho vizcaíno³, están escritos en castellano. Y

¹ GÓMEZ LÓPEZ, Ricardo. “Descripción y defensa de la lengua vasca durante los siglos XVI y XVII”, *Post tenebras spero lucem: los estudios gramaticales en la España medieval y renacentista*, Universidad de Granada, 2010, p. 259.

² ESTEBAN, Javier Esteban. “La lengua del rey y las lenguas de sus reinos: por una historia social de las lenguas en la Monarquía hispánica”, *Comercio y cultura en la Edad Moderna*, Universidad de Sevilla, 2015, p. 1599.

³ MONREAL ZIA, Gregorio, *Fuentes del Derecho Histórico de Bizkaia*, Madrid, BOE, 2021.

lo mismo sucede con la abundante cantidad de actas de las Juntas Generales que hay, y documentación de diversa índole escrita por escribanos, como testamentos, arrendamientos o contratos matrimoniales.

De hecho, las actas de las Juntas Generales reflejan diversas reuniones, como la que tuvo lugar en Bilbao en julio de 1620⁴, en las que se discutió y se obligó el conocimiento de la lengua castellana a los asistentes a las mismas. Es decir, se puede hablar de una alfabetización en castellano. El porqué de esa exigencia se explica en las traducciones orales a lengua eusquérica que los escribanos presentes se veían obligados a hacer en muchas ocasiones. Por ejemplo, es posible leer en las actas de las Juntas celebradas en Gernika en el año 1562 “e despues de leyda e publicada y dado ha entender por mi, el dicho escrivano, en lengua bascongada lo en ella contenido a los que no sabian romançe”⁵. Es decir, esa obligatoriedad en la utilización de la lengua castellana demuestra, precisamente, la existencia de un monolingüismo en lengua vasca, lo que supuso traducciones orales de mano de los escribanos.

Así, según indica Juan Madariaga Orbea, en el año 1600 el 87% de la población de Bizkaia solo hablaba euskera, mientras que en el año 1800 era el 83.1%⁶. Por lo tanto, los escribanos, que eran los encargados de redactar la documentación, debían realizar labores de traducción e interpretación⁷. Esa traducción e interpretación se daba en documentos de

⁴ Actas de las Juntas Generales de Bizkaia. Tierra Llana IX, p. 202.

⁵ Actas de las Juntas Generales de Bizkaia. Tierra Llana I, p. 292.

⁶ MADARIAGA ORBEA, Juan, *Sociedad y lengua vasca en los siglos XVII y XVIII*, Euskaltzaindia, 2014, p. 734.

⁷ INTXAUSTEGI JAUREGI, Nere Jone, “Basque Public Notaries in Early Modern Age: Communication, Translation and Interpreting”, *Communication, Translation, and Community in the Middle Ages and Early Modern Period: New Socio-Economic Perspectives*. Walter de Gruyter, Berlín y Boston, 2022, pp. 379–392; *Escribanos y escribanías en el Señorío de Vizcaya durante la Edad Moderna*, 2021, pp. 151–156.

naturaleza pública, pero también privada. Por ejemplo, en el año 1685, se celebraron elecciones locales en Zeanuri, y el escribano José de Ibarreta leyó las ordenanzas de la anteiglesia, pero como estas estaban redactadas en castellano, realizó también una lectura “en lengua vascongada para que las entendiesen todos”⁸. De esta manera, el escribano simplemente escribía “y traduje a lengua bascongada”, es decir, carecemos de esa traducción porque esta era oral. Como bien señala Andrés Urrutia, esta coyuntura se repitió a lo largo de las centurias hasta que, a partir del siglo XIX, el euskera empezó a ser utilizado como lengua escrita⁹.

Por lo tanto, nos encontramos ante una sociedad en la cual la lengua vasca era el idioma del hogar y de la familia, mientras que el castellano lo era de la esfera pública y, especialmente, de lo escrito. Como indica César Gallastegi, esa dualidad lingüística no supuso ningún enfrentamiento, porque los idiomas tenían un uso muy específico y, por lo tanto, un espacio limitado¹⁰.

Ese binomio no significa que no existiese documentación escrita en euskera. De hecho, los archivos no dejan duda alguna al respecto y, según nos acercamos al siglo XIX, el número de documento escritos en lengua vasca aumenta, pero siempre de una manera residual. No obstante, hay documentación inédita y totalmente original en lengua vascuence. Algunas de esos documentos han sido publicadas, como son el Cuestionario de Zollo del año 1770¹¹ o la Legislación de la Hermandad de 1805 de

⁸ Archivo Histórico Foral de Bizkaia [AHFB], JCR0796/019.

⁹ URRUTIA BADIOLA, Andrés, et alí., *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskara: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*, Diputación Foral de Bizkaia, 2003, p. 44.

¹⁰ GALLASTEGI ARANZABAL, César, *Euskera y régimen foral. Lengua, comunicación, poder y derecho en Bizkaia, Gipuzkoa y Álava (1500-1876)*, IVAP, 2017, p. 88.

¹¹ ZULOAGA ROMÁN, Eneko, ANTEQUERA CHÁVEZ, José Alfonso, “Bizkai sartaldeko agiri judicial bat euskaraz: Zolloko galdetegia (1770)”, *Fontes Linguae Vasconum. Studia et Documenta*, 51, 128, 2019, pp. 457-504.

Lezama¹², que están en el Archivo Histórico Foral de Bizkaia. Este archivo guarda otros documentos escritos en euskera y los cuales no han sido tratados hasta el presente artículo. Por lo tanto, a continuación, se va a realizar una introducción sobre esa documentación y su transcripción.

II. ORDUÑA Y SU BREVE DICCIONARIO

Orduña, la única ciudad vizcaína estrictamente hablando, se dotó desde la Edad Media de unas amplias ordenanzas que recogieron, entre otros, la organización y funcionamiento de la localidad¹³. Además, Orduña era un centro importante de comercio, pudiendo mencionar al respecto la Aduana de la ciudad.

En relación a la situación lingüística de la ciudad, se sabe que, para comienzos del siglo XVIII, la lengua vasca todavía seguía siendo utilizada, hábito que desapareció para mediados del siglo XIX¹⁴. De hecho, según Juan Madariaga, para esa centuria, la mitad de la población de Orduña ya era monolingüe en lengua castellana¹⁵.

En el Archivo Histórico Foral se puede encontrar un Libro de cuentas de propios y rentas de la ciudad que abarca los años 1666-1686. En las dos últimas páginas (se puede ver como algunas hojas fueron arrancadas), hay un breve diccionario, de hecho, solo se recogen palabras con comienzan con las letras A y B, de palabras escritas en castellano y traducidas al euskera¹⁶.

¹² GALLASTEGI ARANZABAL, César, “1805eko Ermandadeko Araudia Euskaraz”, *JADO*, 4, 10, 2006, pp. 111-124.

¹³ SALAZAR ARECHALNDE, José I., “Ordenanzas de Orduña: de la Edad Media a la Ilustración”, *Vasconia: Cuadernos de historia y geografía*, 36, 2009, p. 121.

¹⁴ MADARIAGA ORBEA, Juan, Sociedad y lengua vasca, *opus cit.*, p. 611.

¹⁵ *Ibid.*, p. 732-734.

¹⁶ AHFB, URDUÑA-ORDUÑA 0389/001.

LETRA A

Castellano	Euskera	Castellano	Euskera
Abas	babas	abarcas	catar
abeja	erlea	abajo	bean
ablar	verbaeguín	arruga	yçurra
ablador	verbalduna	abuelo	asaba
abierto	ireguia	arteja	oramaya
abrir	iregui	amargo	mingaza
abraçar	laztanaeguín	amarillo	oria
abraço	laztana	açul	beliguia, osacula
Aceite	orioa		
açero	calcaiduba		
apretar	Eztu eguín		
apretado	ezturie		
aguja	costorraza		
aqui	emen		
alli	an		
aca	ona		
aculla	andico aldean		
aciajaca	onuz		
arbeja	Yrarra		
asno	astoa		
albeytador	eraslea		
abajar	jazi		
ajo	beracaza		

LETRA B

Castellano	Euskera	Castellano	Euskera
Baca	beya		
Beçerro, becerra	chala	bisabuelo	aurbea
Becerro de un año	çecorra	buido	alarguna
badil	cumacoa	blanco	çuria
berçal	azac	blando	berea
borracho	ordia	boca	aoa
beber	edan	bodas	eztegay
bino	ardaoa	bodega	upateguia
baço	barea	braco	besoa
barba	biçarra	brasa	chingarra
barato	merque	brevas	ustapicuba
barreno	tastauina	buey	ydia
barrer	ysuquiagazgaruitu	buitre	marranoa
barrio	uria	bueno	ona
Basta, artoesta	ascoda	buscar	vilatu
becindad	auço		
berruga	garia		
barriga	sabela		
bejiga	pujiquia		

Este diccionario permite ver que en la ciudad se hablaban los dos idiomas. Lo más probable es que el escribano estuviese familiarizado con la lengua vasca, pero no la dominase, de ahí la necesidad de tener un diccionario que le ayudase a la hora de tratar con parte de la población de Orduña (y alrededores) que era monolingüe vasca.

III. LIBELO EN OTXANDIO

En el año 1828, Pedro José de Zabaleta, que era médico en Portugalete, presentó autos criminales contra Tomás de Zaldibar, quien ostentaba el cargo de Síndico Procurador General de Otxandio, por injurias, y también contra Cipriano de Larrea, cirujano y vecino de Amorebieta, a quien acusó de ser libelo, es decir, estar relacionado con un texto que denigra a alguien. La base de esa demanda fue un texto anónimo, escrito en euskera y en verso, que fueron dirigidos a las autoridades de la villa de Otxandio. A continuación, se recoge el libelo¹⁷:

*Don Pedro de Zabaleta
Medicu famatua
arrigarri emondu
Zornotzan gustua*

*Barriqueta jocuan
da mutil listua
astunic nola daguan
gaisuaren pulsua*

*Pretenditu emendu
Ochandioco Plaza
acompanaturi dauala
Basagurenen carta*

¹⁷ AHFB, JCR1017/004.

*Ponderaturic dago
dala gustis jaquinsua
igualatuco emendu
errotaco astoa*

*Au ecarri nai duenac
Medicu errira
Ipurdian bialitusque
azoteac bimilla*

Como puede leerse, la figura de Pedro de Zabaleta no sale bien parada en la descripción que se hace sobre su persona en este texto, de ahí su denuncia contra quienes él creyó que le estaban denigrando y calumniando.

IV. BILBAO Y LA TERCERA GUERRA CARLISTA (1872-1876)

En el año 1876 finalizó el conflicto entre carlistas y liberales, liderados por Alfonso XII y Carlos VII respectivamente. El primero fue nombrado rey en 1874, y una de las tácticas utilizadas para ganarse el favor de la población de habla vasca fue divulgar, precisamente, escritos en euskera. En estos, se habla de la paz y de las riquezas de las que gozaba la sociedad en tiempos de paz, cuando su madre, la reina Isabel II, era la monarca. En el año 1875 fue tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao como consecuencia de una orden dada por el Gobernador Civil de Bizkaia, Francisco Mac Mahon, un manifiesto del monarca y el documento fue traducido al euskera¹⁸. Que fuese el ayuntamiento bilbaíno el que tramitase copias de la traducción refleja, precisamente, que el euskera era hablado por un porcentaje importante de Bilbao a finales del siglo XIX.

¹⁸ AHFB, Bilbao Primera 0197/005.

Euskaldunac eta Naparrac

Atzerra etorriric erreiñu onetara, gaur ain desgraciadua baña gustioc maite doguna, nere lelengo deseua dá Baquia. Oindiño campotic aibeste demporan derrigor egotiac baño, gueijago arritunau icusiric asquenengo urtietan, pobretuta da honore baric España, guerra bategatic ain iñutilla eta odol asco jaustendana. Igodot Tronura neue guraizandodan moduan, nire causiagatic odol tantabat jausi baric. Neure ejercituari, bere vidia galasotenbadautzasue, reciso izangoda atacatzia baña min andijagas icusicodot Orrec Ibarroc frutubaric, da orrec errijoc eta becerrijoc austurie, orrec lurroc anaien adolagas orain loituric, maiteditut nire asco, jaijonitzelaco España onetan, eta neure gastedemporan pasatuniluelaco seuen artian egun alegriac, da esautusindudaselaco vaquioso, averatz eta alegre mundugustiac embidija dotzuela. Nire sentimentuac español da erregue eguijasco leguez, eleusquide itzico au guerra santarrau aurrera seguietan, suec gaur eruatendosuen moduan beste español gustiaren contra.

¿Sergaitic jarraitzotzasue? Artu basenduesan armac erregue bat ipinteco, amen naucasue eguijasco eta toquetan jacona, sergaitic nire gurasuegaitic bere juramentu ein senduen, seintzuec isan siran gustis suentzat artesac. Isan bada erreliginoia suen escuetan armac ipinidituena, emen naucasue erregue catolicua nire gurasoac lascua, ale gustietan ondo (...) bay Cardenale, Obispo eta elejaco nausiagatic, sein nasen susentzarra elejiagas eguituben oquertasunac, da izangonas bere pillarric senduena. Nas, da izangonaz erregue constitucionala, bañe suec euquiric seuen foruentzat amodiko andija. ¿Celan euquisineije ain desio charra beste es-

pañol gustiari, quentzeco euren leguezco libertadiac? Estos uste eta esperetan.

Danac ba, sinistu eraitendoste, estauela urrun eguna ichico dosuena armac seuen escuetaic, seintzucas zaosen erregue eguijascuen elejiaren da naciñoaren contra.

Ichi armoc, da olan quenducostasue penia, anaien artian odola jausten icustia. Ichi armac, da lagunducosue biardan moduan. Habanac artudaijen len eucan averastasuna da vaquia. Ichi armac, da laster eucoitusu nire amaren demporan euquisendusen vaque da averastasuna, da encantuleguez barriro jaijocodira seuen basterretan pos da atzeguiñac. Semiaejuangodira lasterbaten aitecana, seuen izardijas irabastosuena izangoda errespetaua, da oin entzuten dosuen cañonasuen ordes eucosue orduan burdin bidetaco ondasunac da entzungodosue chistu alegriac, seintzuc entzutensendusen dempora asco estata.

Neure banderia sabaldubaño lenago batalletan, guradot eruan escuan baquia, da orregatic presentetanas moduonetan eriniotzagaz.

Entzun baric esaisu ichi verva onec, seintzuc diran seuen lagun da erregue eguijascuena.

Alfonso de Borbón y Borbón

V.A MODO DE EPÍLOGO

No son muchos los documentos que fueron escritos en euskera antes del siglo XX. Sin embargo, las labores de investigación en los archivos, nos permite rescatar documentación original redactada en tal lengua. No hay duda alguna sobre el uso oral de la lengua vasca a lo largo de la Historia; pero, precisamente, el hecho de que se emplease de una forma oral, ha supuesto la existencia de escasa documentación escrita en ese idioma.

RESUMEN SEMINARIOS EL DECANATO
DE REGISTRADORES DEL PAÍS VASCO

Casos prácticos Seminario 19-10-2022

1. ¿Se puede inscribir un solar a favor de una sociedad civil constituida en escritura pública cuyo objeto social es la promoción en ese terreno de dos viviendas unifamiliares (o un edificio bifamiliar) para su adjudicación a los dos únicos socios?

Cuando la sociedad civil a cuyo favor se solicita la inscripción ha sido constituida con la única finalidad de la promoción inmobiliaria y posterior adjudicación a sus socios del resultado de la actividad edificatoria, el objeto es claramente mercantil, razón por la que serán exigibles los requisitos de forma de las sociedades mercantiles. Esto se encuentra en consonancia con la doctrina reiterada de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública según la cual “todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales, tiene naturaleza mercantil, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad

mercantil, calificación de las actividades empresariales, etc.). Y, por ello, este Centro Directivo ha rechazado que acceda a los libros del Registro la titularidad de una sociedad denominada civil pero cuyo objeto sea el desarrollo de una actividad indubitadamente mercantil y cuyo contrato de constitución no cumpla mínimamente con las normas imperativas que rigen las sociedades mercantiles (vid. las Resoluciones de 13 de diciembre de 1985, 20 de marzo de 1986, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997, 25 de mayo de 2006, 20 de abril de 2010, 21 de mayo de 2013 y 28 de septiembre de 2016). Por otra parte, aun cuando se tratara de sociedad civil por su objeto, su personalidad y la correspondiente representación deben acreditarse en debida forma a la hora de solicitar la inscripción de dicha adquisición, habida cuenta de lo establecido en los artículos 1667, 1668 y 1280, números 1.º y 5.º, del Código Civil, de los que resultaría, que al tratarse de una sociedad que adquiere un bien inmueble y al actuar en nombre de aquélla los socios y administradores solidarios nombrados mediante el documento privado de constitución de la misma, la inobservancia del requisito de la escritura pública debería conducir a la conclusión de que tales extremos (personalidad y poder de representación) no han sido acreditados por el documento privado no elevado a instrumento público (vid. la Resolución de 14 de febrero de 2001)”.

RDGSJFP 5 agosto 2020

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/08/05/pdfs/BOE-A-2020-9209.pdf>

Artículo 1667

La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.

Artículo 1670. Código Civil

Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código.

Art. 2. Código de Comercio

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Art. 116. Código de Comercio

El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos

Art. 117. Código de Comercio

El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código.

2. Seguro decenal: sociedad civil, supuesta autopromoción y edificio bifamiliar

Suponiendo que esa inscripción se hubiera ya practicado en su día, presentada una escritura de declaración de obra nueva otorgada por la sociedad en la que, a los efectos de excluir el seguro decenal, manifiesta que es “autopromotor de la edificación, destinada a uso propio de sus socios, como resulta de su objeto social”, ¿será posible la inscripción sin acreditarse la suscripción de la garantía?

La obligación de contratación y acreditación de las garantías previstas en el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación se exceptúan únicamente en los supuestos en que concurren las siguientes circunstancias: 1. Autopromotor individual; 2. De una única vivienda unifamiliar; 3. Para uso propio.

Lo que trata de expresar la norma, cuando establece que se ha de tratar de «una única vivienda unifamiliar para uso propio», es que la excepción se contrae a una sola (única) edificación (con destino a vivienda) por autopromotor, de modo que lo que trata de evitar el legislador mediante este requisito es que el promotor pueda excluir del seguro decenal un número indefinido e ilimitado de viviendas unifamiliares (edificaciones separadas) con la mera declaración de que va a destinarlas a uso propio, circunstancia que sería posible de no haberse establecido legalmente esta condición.

En el presente caso, el carácter único de la vivienda, como presupuesto de la exoneración de la obligación de acreditar la suscripción del seguro decenal, aparece claramente desvirtuado y contradicho por las declaraciones efectuadas por el mismo autopromotor en relación con otras viviendas unifamiliares, tal y como resulta de otros documentos presentados a inscripción, y de los propios asientos registrales. Por tanto, cabe concluir que, en este caso, al no acreditarse la concurrencia de todos los requisitos que exceptúan del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, **no puede practicarse la inscripción de las obras nuevas sin manifestar y testimoniar las garantías contratadas.**

Artículo 20 Ley de Ordenación de la Edificación. Requisitos para la escrituración e inscripción

1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

Disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación. Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción

Uno. La garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión “inter vivos” dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.

Resolución de 3 de julio de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Disposición 11718 del BOE núm. 225 de 2012

RDGRN 29 abril 2014

<https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/23/pdfs/BOE-A-2014-6586.pdf>

RDGRN 7 julio 2015

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/08/12/pdfs/BOE-A-2015-9086.pdf>

3. Se establece en los estatutos de una propiedad horizontal, la siguiente “reserva de derechos”:

“El actual titular de la edificación se reserva, aunque para entonces hubiese vendido total o parcialmente a terceros las unidades de esta edificación, el derecho de poder, por sí solo, aclarar, modificar y rectificar en cualquier sentido, las descripciones consignadas, e incluso alterar el destino prefijado a los elementos descritos, estableciendo o modificando los porcentajes en las dependencias que fuesen objeto de agrupación, agregación o división, segregación, comunicación o distribución, y realizar cuantas obras estime oportunas, necesarias o convenientes, pudiendo establecer los accesos pertinentes, siempre que tales actuaciones no afecten de forma sustancial al contenido de las presentes Normas, realizando esas actuaciones sin consentimiento de los demás copropietarios y otorgando al efecto las correspondientes escrituras públicas para su inscripción en el Registro de la Propiedad”.

No será inscribible la indicada reserva una vez haya enajenado alguno de los elementos ya que las modificaciones que exijan la alteración del título constitutivo y/o afecten a los elementos privativos de otros propietarios habrán de contar con el acuerdo de los propietarios adoptado con las mayorías exigidas por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria y teniendo en cuenta que habrán de serlo con el de los propietarios vigentes al tiempo de su presentación en el Registro de la Propiedad, a no ser que sin el consentimiento de los que hayan variado desde entonces se cumpla la mayoría o presen estos su conformidad a posteriori a modo de ratificación de los acuerdos anteriores a su adquisición.

De conformidad con las resoluciones de la Dirección General, estas reservas no son inscribibles. Únicamente son inscribibles la reserva para constitución de servidumbres que exija el Planeamiento Municipal o las

que establecen la facultad de segregar, dividir, agrupar, en definitiva, modificaciones hipotecarias de la misma manera que se pueden conceder a los propietarios de la propiedad horizontal en los estatutos.

Ya la resolución de 19 de septiembre 1994 establecía que “ no es legal, en términos generales, la reserva de facultades en favor del constructor y enajenante de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, a fin de que él solo en el futuro pueda por sí decidir lo que ha de ser competencia de la Junta de propietarios, o de la unanimidad de éstos”

Por otro lado, la resolución de 21 de marzo de 2001 establece que “ así como es perfectamente admisible esa reserva en cuanto se limite a la redistribución de las ya asignadas a los subconjuntos pendientes de desarrollar si con ocasión de su construcción se subdividieran en dos o más, no cabe hacerla extensiva a la modificación de las ya asignadas a los subconjuntos plenamente definidos, pues tales modificaciones ya sean como consecuencia de esas actuaciones aisladas o deriven de la modificación del complejo en su conjunto están sujetas a las mismas exigencias que se han señalado para esta última.”

Por tanto, la Dirección General está admitiendo las reservas de derechos para que el promotor pueda desarrollar subconjuntos aún no constituidos, pero no cuando la propiedad horizontal ha quedado plenamente determinada, porque estaríamos ante la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Se exceptuaría la facultad de segregar y agrupar, etc., pero estas facultades ya están incluidas en los estatutos para todos los propietarios.

RDGRN 16 de mayo de 2002

<https://www.boe.es/boe/dias/2002/07/06/pdfs/A24710-24712.pdf>

4. Una finca figura inscrita a favor de varias personas proindiviso. Existen diferentes deudas de cada uno de los propietarios frente a la administración tributaria que han dado lugar a procedimientos de apremio separados y **se pretende llevar a cabo una única subasta para la enajenación simultánea de la totalidad de las partes indivisas para dar satisfacción a las deudas de los distintos propietarios**. ¿Es inscribible? ¿Cuáles son los requisitos en cuanto a sujeto frente al que se dirige el procedimiento, deuda y objeto de ejecución?

Lo determinante, en tal supuesto, es que cada una de las cuotas indivisas tiene en realidad un historial jurídico tanto en titularidades como cargas anteriores y/o posteriores a las anotaciones preventivas que dan lugar a la ejecución planteada. Por ese motivo, con independencia de que la fecha y celebración de subasta que culmina cada uno de los procedimientos tenga lugar de forma simultánea, **es fundamental que en el procedimiento se hayan realizado los requerimientos y notificaciones exigidos por la regulación del procedimiento de apremio tributario así como por la legislación hipotecaria en cuanto al tracto y que, en todo caso, al tiempo de librarse el mandamiento de cancelación oportuno se tenga en cuenta que habrá de respetarse el rango correspondiente a cada una de ellas en relación a la cuota indivisa sobre la que recaen para poder tener por cumplidos los principios de prioridad y tracto sucesivo y legitimación previstos en los artículos 17, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria.**

No es posible llevar a cabo una acumulación de procedimientos propiamente dicha al no existir una norma de procedimiento de recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social o del Reglamento General de Recaudación que lo permita expresamente, por lo que el rango y prioridad correspondiente a cada uno de los embargos anotados

sobre las distintas partes indivisas de la finca pertenecientes a distintos titulares no puede verse afectado como sí sucede, sin embargo, en los procedimientos sujetos a la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se cumplen las previsiones de los artículos 578 y 613.4 de la misma y según resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de septiembre de 2003, reiterada por la de 4 de diciembre del mismo año.

Es más, ni siquiera se da el supuesto de admisibilidad previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que parte de la existencia de un único deudor.

Ello no obstante, no se está solicitando la acumulación en un único procedimiento con alteración de prioridad de las distintas deudas contraídas por los diferentes sujetos que ostentan una titularidad en proindiviso y cuyas cuotas se encuentran embargadas en los expedientes de apremio respectivos.

Se plantea si los distintos procedimientos, llamados a culminar en venta en pública subasta de la cuota indivisa gravada con el embargo dictado en cada uno de ellos, pueden dar lugar a una única subasta en la que se ejecute de forma simultánea las distintas partes indivisas, buscando favorecer la existencia de licitadores por resultar más fácil la enajenación de todas las partes indivisas de una finca completando el pleno dominio que la de partes indivisas de forma separada.

El artículo 75 del Reglamento General de Recaudación sí permite que las deudas de un mismo obligado se acumulen en una única diligencia de embargo, pero una vez acumuladas y practicada la anotación preventiva ordenada para seguridad de las mismas, del mismo modo que será posible la enajenación simultánea de distintos bienes de un mismo deudor para satisfacción de distintas deudas.

No nos encontramos tampoco ante este supuesto, pues se parte de la existencia de una pluralidad de derechos sobre un mismo bien y una pluralidad de deudores por deudas individuales de cada uno de ellos.

Art. 75 Reglamento General de Recaudación. Diligencias de embargo

1. Transcurrido el plazo señalado en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sin haberse realizado el ingreso requerido, se procederá, en cumplimiento del mandato contenido en la providencia de apremio, al embargo de los bienes y derechos que procedan, siempre que no se hubiese pagado la deuda por la ejecución de garantías o fuese previsible de forma motivada que de dicha ejecución no resultará líquido suficiente para cubrir la deuda.
2. Cada actuación de embargo se documentará en diligencia de embargo.
3. Las deudas de un mismo obligado al pago podrán acumularse en una diligencia de embargo.

Cuando las necesidades del procedimiento lo exijan, se procederá a la segregación de las deudas acumuladas.

Artículo 102. Subastas de bienes agrupados y simultáneas

1. Los órganos de recaudación competentes podrán acordar la celebración de subastas en las que se agrupen bienes correspondientes a acuerdos de enajenación adoptados por distintos órganos de su ámbito territorial.
2. Cuando las circunstancias lo aconsejen y ello sea posible, el órgano de recaudación competente podrá autorizar, asimismo, la acumulación de enajenaciones de bienes que deba llevar a cabo con otras Administraciones Públicas.

Artículo 62 Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa

Imputación de pagos. 1. Las deudas tributarias son autónomas. El obligado al pago de varias deudas podrá imputar cada pago a la deuda que libremente determine. 2. El cobro de un débito de vencimiento posterior no extingue el derecho de la Administración tributaria a percibir los anteriores que no hayan sido cobrados. 3. En los casos de ejecución forzosa, así como en los de compensación de oficio, en que se hubieran acumulado varias deudas tributarias del mismo obligado tributario y no pudieran extinguirse totalmente, la Administración tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, aplicará el pago a la deuda más antigua, salvo que considere que dicho pago debe aplicarse a deudas cuyo cobro se encuentre no garantizado o insuficientemente garantizado. 4. Cuando se hubieran acumulado varias deudas tributarias a favor de una Administración y de otras entidades de derecho público dependientes de la misma, tendrán preferencia para su cobro las primeras, teniendo en consideración lo dispuesto en la sección 5.^a de este capítulo.

RDGRN 30 septiembre 2005

<https://www.boe.es/boe/dias/2005/11/17/pdfs/A37608-37610.pdf>

RDGSJFP 2 noviembre 2021

<https://www.boe.es/boe/dias/2021/11/25/pdfs/BOE-A-2021-19443.pdf>

5. Sobre el carácter indisponible de la práctica de la nota marginal de expedición de certificación de cargas en procedimiento de apremio administrativo.

Planteada la duda sobre si es posible que en el mandamiento en que se ordena la práctica de anotación preventiva de embargo se solicite que no se lleve a cabo expedición de certificación en procedimiento de apremio administrativo ni la consiguiente nota marginal, es necesario analizar el carácter indisponible del procedimiento registral en este ámbito.

Así, si bien es cierto que el inicio del procedimiento registral, en este caso la práctica de la anotación preventiva de embargo, se inicia con la presentación de la documentación por el interesado, según el artículo 425 del Reglamento Hipotecario, tal y como indica la resolución de 30 de octubre de 2020, una vez iniciado, el procedimiento registral se rige por normas de orden público, de modo que no se puede elegir qué asiento practicar, o los efectos que deba producir el asiento, sino que todas estas circunstancias vienen determinadas por el legislador sin que puedan quedar al arbitrio de los registradores, presentantes o interesados.

Así, en la normativa aplicable está prevista la solicitud y expedición de certificación, así como la extensión de la nota marginal con carácter obligatorio, tratándose de actos administrativos sujetos a procedimiento reglado cuya documentación ha de atender a su especial naturaleza, por lo que sólo cabe defender la ineludible práctica de la nota marginal de expedición de certificación con carácter simultáneo a la propia anotación de embargo.

Sobre esta materia es aplicable la legislación tributaria que en el ámbito estatal se refleja en el artículo 170 de la Ley General Tributaria y del que resulta que al tiempo de expedir el mandamiento de embargo se solicite que se emita la certificación de cargas y que de esta emisión se deje constancia por nota al margen de la anotación de embargo.

En el ámbito foral los tres territorios históricos prevén el mismo contenido que tiene igualmente su reflejo en el artículo 84 del Reglamento General de Recaudación y sólo en el caso del Reglamento de Recaudación de Bizkaia deja de contemplarse referencia a la solicitud de expedición de certificación, pero dado que lo prevé la Norma Foral, dicha exigencia no puede suprimirse por norma de rango inferior.

Del mismo modo, aun cuando la Disposición Adicional Única del indicado Reglamento de Bizkaia prevé que la Administración Foral pueda prescindir de la anotación preventiva, será necesario pronunciamiento firme para cada caso concreto en el ámbito del procedimiento particular, sin que pueda extenderse al carácter de norma general en sustitución de la efectivamente prevista.

Visto todo lo cual, **no será posible proceder a la práctica de la anotación preventiva de embargo si no se solicita simultáneamente la expedición de certificación en términos coincidentes con los requisitos legalmente previstos para el procedimiento administrativo de apremio.**

Artículo 425. Reglamento Hipotecario

Presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro, aun cuando materialmente no se haya hecho constar íntegramente en el asiento, pero en la nota de despacho se hará referencia en todo caso, a esa circunstancia.

Artículo 170.2 Ley General Tributaria Diligencia de embargo y anotación preventiva

2. Si los bienes embargados fueran inscribibles en un registro público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el registro correspondiente. A tal efecto, el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo, solicitándose, asimismo, que se emita certificación de las cargas que figuren en el registro. El registrador hará constar por nota al margen de la anotación de embargo la expedición de esta certificación, expresando su fecha y el procedimiento al que se refiera.

En ese caso, el embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación.

La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 77 de esta ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.

Artículo 84 Reglamento General de Recaudación. Anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de los embargos de bienes inmuebles y de derechos sobre estos

1. La Administración solicitará que se practique anotación preventiva del embargo de bienes inmuebles y derechos sobre estos en el Registro de la Propiedad que corresponda.

2. A tal efecto, el órgano de recaudación competente expedirá mandamiento dirigido al registrador con sujeción a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y a lo que se establece en los artículos siguientes, en el que se solicitará, además, que se libere certificación de las cargas que figuren en el registro sobre cada finca, con expresión detallada de aquellas y de sus titulares, con inclusión en la certificación del propietario de la finca en ese momento y de su domicilio.

A la vista de tal certificación, se comprobará que se han efectuado todas las notificaciones exigidas por la normativa. En su defecto, se procederá a practicarlas.

Artículo 174.2 NORMA FORAL 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa

Diligencia de embargo y anotación preventiva.

2. Si los bienes embargados fueran inscribibles en un registro público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de

embargo en el registro correspondiente. A tal efecto, el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo, solicitándose, asimismo, que se emita certificación de las cargas que figuren en el registro. El registrador hará constar por nota al margen de la anotación de embargo la expedición de esta certificación, expresando su fecha y el procedimiento al que se refiera. En ese caso, el embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación. La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el Artículo 75 de esta Norma Foral, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.

NORMA FORAL 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia

Artículo 174. 2. Si los bienes embargados fueran inscribibles en un registro público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el registro correspondiente. A tal efecto, el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo, solicitándose, así mismo, que se emita certificación de las cargas que figuren en el registro. El registrador hará constar por nota al margen de la anotación de embargo la expedición de esta certificación, expresando su fecha y el procedimiento al que se refiera. En ese caso, el embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación. La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 78 de esta Norma Foral, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.

174. 2 Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava

2. Si los bienes embargados fueran inscribibles en un registro público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el registro correspondiente. A tal efecto, el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo, solicitándose, asimismo, que se emita certificación de las cargas que figuren en el registro. El registrador hará constar por nota al margen de la anotación de embargo la expedición de esta certificación, expresando su fecha y el procedimiento al que se refiera.

En ese caso, el embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación.

La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 75 de esta Norma Foral, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.

Disposición Adicional Única. Del Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Bizkaia

Anotación preventiva. En los supuestos a que se refieren la letra f) del apartado 1 y el último párrafo del apartado 4 del artículo 61, en el apartado 1 del artículo 62 y en el apartado 3 del artículo 68 la Administración foral podrá exceptuar la obligatoriedad de la práctica de la anotación preventiva establecida en ellos.

Artículo 85. Del Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Gipuzkoa

Artículo 85. Anotación preventiva en el Registro de la Propiedad del embargo de bienes inmuebles y derechos sobre éstos. 1. El órgano de recaudación solicitará que se practique anotación preventiva del embargo de bienes inmuebles y derechos sobre los mismos en el Registro de la Propiedad que corresponda. 2. A tal efecto, el órgano de recaudación expedirá mandamiento dirigido al registrador o registradora con sujeción a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y a lo que se establece en los artículos siguientes, interesando, además, que se libre certificación de las cargas que figuren en el registro sobre cada finca, con expresión detallada de las mismas y de sus titulares, incluyendo en la certificación al propietario o propietarios de la finca en ese momento y su domicilio. A la vista de tal certificación, se comprobará si se han efectuado todas las notificaciones exigidas por la normativa, procediéndose, en su defecto, a practicarlas. En todo caso, se notificará el embargo a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación.

Artículo 155 Decreto Foral 48/1994, de 10 de mayo, del Consejo de Diputados de Álava, por el que se aprueba el Reglamento General de recaudación del Territorio Histórico de Álava

Anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

1. Del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad que corresponda.

2. A tal efecto, el Jefe de la Dependencia de Recaudación expedirá mandamiento dirigido al Registrador con sujeción a lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecarios y a lo que se previene en los artículos siguientes, interesando, además, que se libre certificación de las cargas que figuren en el Registro sobre cada finca, con expresión detallada de las mismas y de sus titulares, incluyendo en la certificación al propietario de la finca en ese momento y su domicilio.

A la vista de tal certificación, se comprobará si a alguno de los titulares no se le ha notificado el embargo, practicando en tal caso las notificaciones pertinentes.

Casos prácticos Seminario 2-11-2022

1. Interpretación de legado de legítima estricta a favor de legitimarios nombrando heredero universal a uno solo de ellos en testamento anterior a la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil Vasco cuando el causante fallece con posterioridad a la misma.

Se otorga escritura de aceptación y partición de herencia de causante fallecida en 2021 con testamento otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil Vasco 5/2015 de 25 de junio.

Al otorgamiento concurre únicamente la hija instituida como heredera universal y se adjudica la totalidad de la herencia, aunque en el testamento se lega la legítima estricta a un nieto, hijo de otro hijo.

¿Cuál es la interpretación que cabe hacer del testamento?

La Ley de Derecho Civil Vasco, en vigor desde el 25 de septiembre de 2015, establece en su artículo 48 que “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” de modo que, también según el mismo precepto “la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito” y “la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento”.

Tales disposiciones son claramente aplicables a los testamentos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor, pero la duda se plantea respecto de los testamentos otorgados bajo la vigencia de la ley 3/1992, de

1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, cuando el régimen de legítimas exigía en cuyos artículos 135 y siguientes se admite el apartamiento expreso o tácito pero que, en todo caso, para privar de la legítima prevista en dicha norma, habrá de existir.

Así, no siendo posible el apartamiento en la legítima estricta, bajo la vigencia de la legislación anterior se hizo designación como legatario de cuota legitimaria al nieto hijo del hijo sin que después de entrar en vigor la nueva norma se modificara el testamento para apartar al legitimario.

Es aplicable al supuesto el razonamiento esgrimido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en la que queda desestimada la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 2017 en la que entiende que hay un apartamiento tácito resultante de la interpretación del testamento en el que deja lo mínimo legalmente exigible. De este modo, según la lógica de la anterior resolución, al no haber mínimo legalmente exigible para cada uno de los legitimarios, puede interpretarse que el causante no habría querido instituir al legitimario.

Sin embargo, tal interpretación resulta excesiva para la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que ha estimado que la Ley de Derecho Civil Vasco no suprime la legítima, sino que permite que la misma se distribuya entre los legitimarios como se tenga por oportuno mediante la combinación de institución y apartamientos. Así, no siendo cero la legítima y existiendo una disposición testamentaria no modificada en los siete años que han mediado desde la entrada en vigor de la norma y el fallecimiento, la interpretación debe seguir siendo literal y, por tanto, entender que ese nieto sigue instituido como legitimario en cuanto a la cuota de legítima estricta que al mismo ha de corresponder. Por ese motivo, debe concurrir al otorgamiento de la escritura pública de partición de herencia, bien para renunciar a su legítima, bien para que la misma le sea satisfecha.

Ley de Derecho Civil Vasco

Artículo 47. Los legitimarios

Son legitimarios: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos.

Las normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima.

Artículo 48. La legítima

1. La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo.
2. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.
3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito.
4. La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento.
5. La legítima puede ser objeto de renuncia, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre el causante y el legitimario. Salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado.

Artículo 49. Cuantía de la legítima de los descendientes.

La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de julio de 2017

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/07/05/pdfs/BOE-A-2017-7789.pdf>

2. En una división horizontal se configuran viviendas, trasteros y garajes, todos ellos como elementos independientes.

Inicialmente se van a adjudicar todos los trasteros y garajes a titulares de viviendas del mismo edificio, pero, **¿cuál sería la fórmula adecuada para que, manteniendo cada uno de los elementos su propia cuota se logre que los garajes y trasteros sólo puedan transmitirse de modo que permanezcan siempre bajo la titularidad de quienes, a su vez, sean propietarios de viviendas?**

La configuración de los trasteros y garajes como anejos de la vivienda, en que existiría una única finca registral, una sola entidad jurídica dotada de una única cuota de participación en la comunidad constituida, logra la indicada finalidad, sin embargo, para poder separar la titularidad de los elementos accesorios del principal, sería necesario formalizar la correspondiente segregación con determinación de cuota, a lo que puede autorizarse con cláusula estatutaria, pero que no exime de la necesaria obtención de licencia administrativa o declaración de innecesaridad de la misma.

En este supuesto, habría de configurarse una cláusula estatutaria en la que, además de consentir la indicada división o segregación para formación de un nuevo elemento independiente, se limitara la facultad dispositiva respecto de los trasteros y garajes, de modo que en el caso de enajenación sólo pudiera formalizarse en favor de titulares de viviendas del mismo edificio.

Esta cláusula plantea la duda de si se trata de una limitación o prohibición de disponer a título oneroso, excluida del Registro de la Propiedad por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y por tanto de su oponibilidad a terceros o a ulteriores adquirentes. Asimismo, aun cuando parece legítimo el interés perseguido, su existencia plantea una dificultad adicional

en el supuesto de enajenarse no el trastero o garaje, en cuanto a los que existiría la prohibición estatutaria de transmisión a un ajeno a la comunidad, sino en el caso de transmisión de la vivienda después de segregarse el trastero o garaje anejado.

Si se formaliza la transmisión de la vivienda, respecto de la que no pesa limitación alguna, quien antes era titular de la misma y también de un elemento accesorio pasa a ser un sujeto ajeno a las viviendas, pero titular del pleno dominio de un garaje o trastero, por lo que pasa a contravenir el espíritu de la limitación contenida en el título constitutivo.

En este supuesto es complejo determinar cuál es la fórmula adecuada para conseguir el cumplimiento de la norma estatutaria, pues parece que ello sólo sería posible mediante la transmisión forzosa de un trastero o garaje y, a tal efecto, ¿la limitación estatutaria es suficiente para conculcar el derecho a la propiedad privada consignado en el artículo 33 de la Constitución Española y reproducido en el artículo 349 del Código Civil? ¿Qué acción o procedimiento podría instarse para ello? ¿La cláusula de limitación confiere a la comunidad acción real frente a los garajes y trasteros para consecución de su finalidad?

Así, por la dificultad que la fórmula de los anejos puede conllevar en el mantenimiento de la composición de titulares de la comunidad, puede plantearse como alternativa la figura de la vinculación ob rem.

En la misma cada uno de los elementos se mantiene como finca separada dotada de cuota en la comunidad de vecinos, si bien se vinculan por destino, de modo que la titularidad del elemento principal (la vivienda) llevará consigo la del accesorio (garaje o trastero).

Estableciendo una cláusula estatutaria en la que además de la segregación, división, agrupación y agregación se consienta la desvinculación de los elementos vinculados ob rem siempre que de manera simultánea

queden vinculados a otra vivienda del mismo edificio, será posible que en el caso de querer transmitirse el indicado elemento se desvincule sin necesidad de nueva determinación de cuotas ni acuerdo de la comunidad de propietarios, pero sólo será inscribible si de forma simultánea queda vinculado a otra vivienda, cumpliendo con ello la finalidad de la limitación que se pretende establecer.

Artículo 27 Ley Hipotecaria

Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.

Artículo 349 del Código de Comercio

Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.

Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.

Ley de Propiedad Horizontal

Artículo quinto

El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.

En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución.

Artículo diez

1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:

e) Los actos de división material de pisos o locales y sus anejos para formar otros más reducidos e independientes, el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o su disminución por segregación de alguna parte, realizados por voluntad y a instancia de sus propietarios, cuando tales actuaciones sean posibles a consecuencia de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.

RDGSJFP 19 de junio de 2020

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/08/03/pdfs/BOE-A-2020-9068.pdf>

Casos prácticos Seminario

Centro de Estudios Registrales del País Vasco 11-01-2023

CASO 1:

Conforme a la doctrina de la Dirección General, las condiciones resolutorias en garantía de obligaciones distintas del pago del precio sólo pueden cancelarse con consentimiento del titular de las mismas o resolución judicial. Pero, tratándose de una condición resolutoria que se establece para que no se modifique la actividad que se realiza en el inmueble (un local) durante un plazo de 10 años desde la escritura de compraventa, ¿podríamos considerar que al haberse fijado un plazo a la limitación de destino podría cancelarse sin consentimiento de su propietario?

Podrá llevarse a cabo la cancelación sin necesidad de consentimiento de su propietario manifestado de forma expresa en tal sentido o por intervención en expediente de liberación de cargas y gravámenes o procedimiento judicial con tal objeto únicamente en el supuesto de haber transcurrido el plazo de 20 o de 40 años establecido en el artículo 210.8 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, a contar desde el final del plazo de duración, aplicable según doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, dentro de cuyo ámbito pueden incluirse otras condiciones resolutorias.

La regla general establecida en la legislación hipotecaria para la cancelación de asientos es la de intervención del titular registral bien mediante la prestación de consentimiento, bien mediante su citación en un pro-

cedimiento en que pueda ejercer la defensa de sus derechos, sea judicial o de liberación de cargas y gravámenes, todo ello cumpliendo con el principio de tracto sucesivo consignado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y en el 82 y 210 de dicho cuerpo legal.

Se prevén, sin embargo, una serie de excepciones. Así, el artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria, en su número 5º permite la cancelación de condición resolutoria en garantía del precio aplazado y de las hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, sin plazo concreto, una vez transcurrido el plazo de prescripción de acciones derivadas de dichas garantías, contado desde que el pago debió ser satisfecho. Sin embargo, esta condición resolutoria no se establece en garantía de precio aplazado, por lo que la norma excepcional no puede aplicarse.

Asimismo, el artículo 177 del Reglamento Hipotecario prevé la cancelación por el transcurso de 5 años desde que terminó el plazo en que podían ejercitarse los derechos a los que se hubiera fijado un plazo de ejercicio, lo cual puede ser aplicable cuando se conceden, por ejemplo, derechos de adquisición preferente durante un tiempo concreto. Sin embargo, no es este el supuesto en que la duración no es de un derecho sino de una limitación que ha de sostenerse a lo largo de 10 años, siendo la condición resolutoria garantía del cumplimiento de la obligación de no modificación de destino.

Por ello, sólo la regla excepcional del artículo 210.8 párrafo 2 de la Ley Hipotecaria permitiría que, cumplidos los plazos en ella consignados, pudiera practicarse la cancelación, no ya como reflejo de la extinción de la garantía inscrita, sino como cancelación por una suerte de caducidad del asiento mismo.

82.5 LH

A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplaza-

do a que se refiere el artículo 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de la acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

210.8 p2.LH

Las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

Artículo 177RH

Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.

Resolución DGSJyFP 28 noviembre 2022

<https://boe.es/boe/dias/2022/12/20/pdfs/BOE-A-2022-21634.pdf>

Si lo que se pretende es cancelar la condición resolutoria estipulada y la prohibición de disponer en garantía del cumplimiento de una obligación, será requisito imprescindible justificar la causa de la cancelación (causa de cancelación que deberá reflejarse en el asiento correspondiente, conforme al artículo 193.2 del Reglamento Hipotecario).

Así el artículo 82 Ley Hipotecaria en su párrafo primero, y reiterando el criterio general del artículo 3, exige para cancelar inscripciones o anotaciones practicadas en virtud de escritura pública, o bien sentencia firme o bien escritura o documento auténtico «en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción (...)», y en su párrafo segundo, como excepción a la

regla, permite la cancelación de inscripciones practicadas en virtud de escritura pública sin necesidad de sentencia firme, o nueva escritura pública o documento auténtico, si el derecho inscrito ha quedado extinguido por declaración de la Ley o «resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva».

Y si en la escritura se pacta un plazo de caducidad del derecho, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 304 Martes 20 de diciembre de 2022 Sec. III. Pág. 178271 cve: BOE-A-2022-21634 Verificable en <https://www.boe.es> también será suficiente la instancia cuando se cumpla el término. En ninguno de estos casos se requiere que el titular del derecho que se cancele preste de nuevo el consentimiento. La extinción del derecho se produce de una manera automática y ajena a su voluntad e incluso a su capacidad.

Debe distinguirse entre la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación (ambos supuestos regulados en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria) y la cancelación de asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, que es un plazo de caducidad (opción, retroventa, retracto convencional, es decir, derechos de modificación jurídica), regulado en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario. En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas no podría aplicarse por analogía el artículo 177 del Reglamento Hipotecario, ya que se trata de supuestos distintos (derechos de modificación jurídica y condiciones resolutorias en garantía de obligaciones de hacer y no hacer) y en ningún caso sería de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, referido a la condición resolutoria en garantía de precio aplazado, de estricta y restringida interpretación según este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de marzo de 2014), pues se trata de una norma excepcional frente al principio general que consagra el artículo 82 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero: para cancelar es necesario el consentimiento del titular registral o resolución judicial en procedimiento en que se haya dado audiencia al mismo (artículos 24 de la Constitución y 20 y 82 de la Ley Hipotecaria).

En la nueva redacción del artículo 210, y en concreto, en su apartado 1, regla octava, párrafo segundo, se establece que «las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que

conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía». Esta nueva norma convive con la ya citada del artículo 82, párrafo quinto, pero, pese a tener una redacción ligeramente parecida, tiene un enfoque distinto, no es tan restrictiva como ella, e introduce algunas importantes novedades que no estaban contempladas en la del artículo 82, como se reseña a continuación. En efecto, mientras que el artículo 82, párrafo quinto, limita la legitimación para pedir la cancelación al «titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada», el nuevo artículo 210 la extiende a «cualquier interesado». Por otra parte, el artículo 82, párrafo quinto, tiene su fundamento en la figura de la prescripción y hace referencia expresa al plazo legal de prescripción de las acciones según la legislación civil aplicable, con lo que puede ocurrir que tales plazos varíen de unas legislaciones civiles a otras, o incluso resulten modificados dentro de la misma legislación civil, como de hecho ha ocurrido con la reforma del artículo 1964.2 del Código Civil, relativo al plazo de prescripción de las acciones personales, modificado por la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre. En cambio, el artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía». Además, el artículo 82, párrafo quinto, se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado (cfr. Resolución 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210.1, regla octava, tiene un ámbito mayor al referirse a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, dentro de cuyo ámbito pueden incluirse otras condiciones resolutorias.

CASO 2:

Un padre casado en régimen de participación quiere adquirir un inmueble en proindiviso con un hijo menor de edad. Para llevar a cabo la adquisición el padre suscribe un préstamo en el que él solo será deudor y quedará hipotecado en su garantía la totalidad del inmueble. ¿Cuál sería la opción más adecuada para que no resulte necesaria autorización judicial?

Si bien la operación triangular en que un sujeto recibe un préstamo para adquirir un inmueble con su importe y de manera simultánea a la suscripción del préstamo y otorgamiento de la venta se constituye hipoteca sobre la misma finca en garantía de la devolución del dinero recibido se entiende como un negocio jurídico complejo que no necesitará más capacidad que la exigida para consumar la adquisición y, por tanto, para adquirir en nombre de menor y por partes indivisas con el mismo no hay conflicto de interés ni necesidad de nombramiento de defensor judicial o autorización judicial, dicho régimen no es aplicable al supuesto planteado.

La diferencia estriba en que no se va a instar el préstamo en nombre de ambos adquirentes para la adquisición con gravamen de la totalidad de la finca sino que siendo sólo el progenitor adquirente y representante deudor pero constituyéndose hipoteca sobre la totalidad de la finca, el menor quedará como hipotecante no deudor, por lo que excede la especial naturaleza del negocio jurídico complejo, constituyendo un supuesto de gravamen de derecho de un menor. Al existir ahora sí autocontratación sería excluida la representación del padre, quien podrá ser sustituido en el ejercicio de la patria potestad por la madre pero esta última, en todo caso, precisará autorización judicial en términos del artículo 166 del Código Civil para la constitución de la garantía hipotecaria.

Sería posible que una vez el padre sea titular de la totalidad de la finca y la haya hipotecado venda al hijo, representado por su madre, la mitad indivisa de la finca, o en último caso, si fue-

ra más ajustado a la causa real de la transmisión y adquisición, previa la adquisición y constitución de hipoteca por el padre, podría éste donar la mitad indivisa de la finca a su hijo quien aceptaría representado por su madre.

En todos estos supuestos el régimen de participación en ganancias a que se encuentran sujetos los padres no altera las facultades representativas de la madre para representar al menor en el supuesto en que el padre le transmita por cualquier título la finca al no existir conflicto de interés por la expectativa que la misma pudiera tener a las posibles resultas al tiempo de la liquidación.

Por su propia naturaleza, durante la vigencia del régimen se aplican las mismas normas que en el supuesto de separación de bienes y podrá cada uno de ellos actuar por sí solo con respecto a sus propios bienes y sólo en cuanto a las ganancias que quedaren al tiempo de la liquidación serán de aplicación las reglas de distribución entre cónyuges.

Artículo 166 párrafo 2 Código Civil

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

Artículo 1411 CC.

En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

Artículo 1413 CC.

En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.

RDGRN 21 febrero 2004

<https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2004-ABRIL.htm#r13>

Pese a reconocer al carácter complejo de muchos negocios jcos, la conexión de los mismos es muy difícil, cuando se trata de complementos de capacidad, poder de disposición o legitimación para disponer. Entiende que sólo es posible excluir la normativa protectora de tales actos, cuando el gravamen que se incardina en el negocio no es un acto independiente, que comprometa o arriesgue el patrimonio preexistente de menores, incapacitados o personas especialmente protegidas.

RDGRN 7 julio 1998

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-18528>

Los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles (cfr. Artículo 154, párrafo segundo, número segundo del Código Civil), aun cuando éstos se hallen gravados (Resolución de 2 de julio de 1931); b) Que, según la doctrina de este centro directivo (cfr. Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968), cuando el negocio concluido entra en la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren, no puede escindirse en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que, en el presente caso, es la compraventa, como resulta de las propias manifestaciones de la compradora expresadas en la escritura; y c) Que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma del artículo 166 del Código Civil, resulta injustificada su aplicación al supuesto en el que, al ingresar ya gravado el bien inmueble en el patrimonio de los menores, no se realiza un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios preexistentes.

CASO 3:

Existe una entidad concursada respecto de la que se ha aprobado un plan de liquidación. En el mismo se prevé un procedimiento de enajenación de bienes que ha fallado en todos sus intentos y una vez superados todos ellos sin adquirentes, se aprueba por el Juez del Concurso la realización de la finca por medio de subasta extrajudicial.

Resulta de dicha subasta realizada por entidad hábil al efecto un adjudicatario que concurre con el administrador concursal al otorgamiento de la escritura pública de venta. Este último acredita la eficacia del acto mediante la aportación del auto del juez ordenando la forma en que ha de enajenarse la finca por haber sido fallidos todos los intentos anteriores, y de acuerdo con el plan de liquidación, así como certificado de la entidad encargada de la subasta señalando la identidad del adjudicatario, ¿es suficiente con dicha documentación o tratándose de procedimiento al margen del plan de liquidación por haber fallado los anteriores intentos es necesario que judicialmente se determine o confirme el adjudicatario?

El artículo 215 del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal prevé la forma en que han de realizarse los bienes del concursado hasta la aprobación de convenio o apertura de la fase de liquidación pero una vez alcanzada esta última, serán de aplicación los preceptos resultantes de la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en las que se suprime el plan de liquidación, estableciéndose en el artículo 415 la competencia de la administración judicial para fijar las normas de liquidación o modificarlas y sin que puedan establecerse requisitos de autorización judicial para la eficacia de las mismas. Por ese motivo, cabe entender que el legislador busca con dicha regulación prescindir de su intervención posterior, una vez fijadas las reglas de enajenación.

Así, siempre que se haya tenido acceso a las normas de liquidación, la enajenación se ajuste a las mismas y se acompañe certificado acreditativo de la realización de la subasta y el adjudicatario resultante, la escritura pública de venta en que incorpore la documentación indicada otorgada por el administrador concursal y el postor será título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes de la entidad concursada.

Artículo 215. Modo ordinario de enajenación de unidades productivas

Hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, la enajenación del conjunto de una empresa o de una o varias unidades productivas se hará mediante subasta electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización.

Artículo 216. Autorización judicial para la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada

En cualquier estado del concurso, o cuando la subasta quede desierta, el juez, mediante auto, podrá autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o de entidad especializada.

Artículo 225. Cancelación de cargas

1. En el decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se apruebe el remate o en el auto del juez por el que autorice la transmisión de los bienes o derechos ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, se acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales. Los gastos de la cancelación serán a cargo del adquirente.
2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá acordar la cancelación de cargas cuando la transmisión de bienes o derechos afectos a la satisfacción de créditos con privilegio especial se hubiera realizado con subsistencia del gravamen.

Artículo 415. Reglas especiales de liquidación.

1. Al acordar la apertura de la liquidación de la masa activa o en resolución posterior, el juez, previa audiencia o informe del administrador concursal a evacuar

en el plazo máximo de diez días naturales, podrá establecer las reglas especiales de liquidación que considere oportunas, así como, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal, modificar las que hubiera establecido. Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal.

2. El juez no podrá exigir la previa autorización judicial para la realización de los bienes y derechos, ni establecer reglas cuya aplicación suponga dilatar la liquidación durante un periodo superior al año.
3. Contra el pronunciamiento de la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación de la masa activa relativa al establecimiento de reglas especiales de liquidación o contra la resolución judicial posterior que las establezca, así como contra la resolución judicial que les modifique o deje sin efecto, los interesados solo podrán interponer recurso de reposición.
4. Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez quedarán sin efecto si así lo solicitaren acreedores cuyos créditos representen más del cincuenta por ciento del pasivo ordinario o más del cincuenta por ciento del total del pasivo.
5. Cuando se presente a inscripción en los registros de bienes, cualquier título relativo a un acto de enajenación de bienes y derechos de la masa activa realizado por la administración concursal durante la fase de liquidación, el registrador comprobará en el Registro público concursal si el juez ha fijado o no reglas especiales de la liquidación, y no podrá exigir a la administración concursal que acredite la existencia de tales reglas.

Casos prácticos Seminario 15-02-2023

1. Pacto comisorio

Tres sociedades son titulares por cuotas indivisas de un inmueble sobre el que existe inscrita una hipoteca.

Dos de las sociedades celebran un contrato de préstamo, de modo que la sociedad A presta a la B una cantidad de dinero a devolver en una única cuota comprensiva de principal e intereses en plazo determinado. En la elevación a público se garantiza la devolución del préstamo y sus intereses mediante la concesión por la tercera sociedad, C, a la acreedora, A, de un derecho de opción sobre parte de su cuota indivisa, siendo el valor de la opción de cero y señalando como precio de la cuota en el caso de ejercicio de la opción el principal más los intereses. Ese importe es considerablemente inferior al que proporcionalmente correspondería si se tomara en cuenta el valor de adquisición de los titulares o el de tasación señalado en la hipoteca.

La operación podría considerarse pacto comisorio excluido por nuestro ordenamiento jurídico aún cuando la opción de compra se concede no por el deudor sino por una sociedad ajena al contrato de préstamo siendo opción en garantía de deuda ajena. Ello es así porque, en contra de lo establecido en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, se concede un derecho a adquirir la finca dada en garantía que tiene como presupuesto de ejercicio el impago de la deuda y como precio de adquisición el mismo importe de ella. Así, la consecuencia es que en caso de impago de la deuda el acreedor hace suya la finca o parte de finca que se configura como garantía, pero sin que se hayan concertado garantías en los

términos y con la protección del deudor concedida en la ley, especialmente en cuanto a la valoración objetiva de la finca o parte de finca. Este efecto no es admitido por el ordenamiento jurídico que en materia de contratos vela por el equilibrio entre las partes, la protección del deudor y la represión de la usura.

Artículo 6.3 y 6.4 Código Civil

3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Artículo 1449 Código Civil

El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Artículo 1859 Código Civil

El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

Artículo 1884 Código Civil

El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

Resolución de 18 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

<https://boe.es/boe/dias/2022/08/04/pdfs/BOE-A-2022-13138.pdf>

2. ¿Es necesario el acuerdo de la junta de propietarios para hacer un cambio de uso de local a vivienda?

Tal y como afirma la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, basándose en los artículos 5, 7, 14 de la Ley de Propiedad Horizontal, en resolución de 5 de julio de 2017, entre otras, “en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (moralidad, salubridad, comodidad y no peligrosidad; artículo 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Así lo confirma, además, la exigencia de interpretación estricta e imposibilidad de presunción de toda hipótesis excepcional, como son las restricciones singulares del derecho de propiedad (artículos 4, 348 y 349 del Código Civil).

Sin embargo lo anterior no obsta, como igualmente ha reconocido este Centro Directivo, a que los estatutos del régimen de propiedad horizontal, en cuanto conformadores del régimen jurídico por aplicar tanto a los elementos comunes como a los privativos que componen su objeto, delimiten el contenido de estos últimos estableciendo restricciones a sus posibles usos (artículos 5 y 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros usos posibles es preciso por un lado que estén debidamente recogidas en los estatutos (vid. Resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 23 de marzo de 1998) y por otro que lo sean con la debida claridad y precisión (Resolución de 20 de febrero de 1989).

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006, 20 de septiembre de 2007, 20 de octubre y 27 de noviembre de 2008, 30 de diciembre de 2010, 24 de octubre de 2011, 4 de marzo, 25 de junio y 1 y 9 de octubre de 2013, 3 de septiembre y 3 de diciembre de 2014 y 5 de mayo de 2015 ha entendido reiteradamente que la mera descrip-

ción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca. Y, por ello, admite plenamente el derecho del propietario al cambio de destino de su piso (de comercial a residencial en este caso), siempre y cuando dicho cambio no aparezca expresamente limitado o prohibido por el régimen de propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria”.

Artículo 5 in fine Ley de Propiedad Horizontal

En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución.

Artículo séptimo Ley de Propiedad Horizontal

1. El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.

En el resto del inmueble no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador.

Artículo catorce Ley de Propiedad Horizontal

Corresponde a la Junta de propietarios:

d) Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior.

Resolución de 5 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

<https://www.boe.es/boe/dias/2017/08/01/pdfs/BOE-A-2017-9171.pdf>

3. ¿Es necesaria la declaración de activo esencial en una permuta celebrada por una sociedad de capital?

El registrador no puede denegar la inscripción porque no se haga constar si el derecho o finca transmitido es o no activo esencial de una sociedad. Sin embargo, cuando se manifiesta expresamente que lo es, sí ha de calificarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, consistente en la adopción por la Junta de los acuerdos de adquisición, enajenación o aportación.

Y a tal efecto, el citado artículo no hace distinción del título de adquisición o enajenación, sino que será aplicable cualquiera que sea el negocio jurídico elegido al efecto, incluida la permuta.

Artículo 160 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Competencia de la junta.

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

Resolución de 19 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

[Disposición 12901 del BOE núm. 181 de 2021](#)

4. ¿Cómo puede cancelarse un censo constituido en 1870 sobre una finca consistente en el pago de una cantidad de dinero a favor de una persona durante toda su vida?

Claramente se trata de un gravamen constituido con carácter personalísimo y cuya extinción se produce de pleno derecho por el fallecimiento de la persona indicada en el título constitutivo, por lo que será necesario acreditar el hecho de haber ocurrido tal evento. Para ello, será posible llevarlo a cabo mediante exhibición del certificado de defunción o de acta de fe de vida

Artículo 1125 Código Civil

Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue.

Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo.

Artículo 62 Ley del Registro Civil. Inscripción de la defunción

1. La inscripción en el Registro Civil de la defunción es obligatoria. La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que se produce. En la inscripción debe figurar asimismo la identidad del fallecido.

Artículo 80 Ley del Registro Civil. Medios de publicidad del Registro Civil

1. La publicidad de los datos que constan en el Registro Civil se realizará de las siguientes formas:

2.ª Mediante certificación.

Art. 363. Reglamento del Registro Civil

La vida, estado de soltero, viudo o divorciado se acreditan por la correspondiente fe del Encargado.

La vida se acredita también por comparecencia del sujeto o por acta notarial de presencia, y el estado de soltero, viudo o divorciado, por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad.

Ningún órgano oficial, ante quien la vida se acredite por comparecencia del sujeto o el estado de soltero, viudo o divorciado por aquella manifestación podrá exigir otros medios de prueba, sin perjuicio de la investigación de oficio que proceda en caso de duda fundada. Por los órganos oficiales se advertid previamente al declarante la responsabilidad penal en que puede incurrir.

175. Sexta. Reglamento Hipotecario

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.

Artículo 238 Reglamento Hipotecario

Para hacer constar en el Registro que se han cumplido las condiciones suspensivas o que se han contraído las obligaciones futuras de que trata el artículo 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar a ella.

5. ¿Es siempre necesario el consentimiento del deudor para la cancelación parcial de una hipoteca?

La regulación expresa de la cancelación parcial de hipoteca únicamente hace referencia a los supuestos de cancelación en cuanto a una o varias de las fincas hipotecadas por haber sido parcialmente satisfecho el crédito garantizado en los supuestos en que siendo originariamente sólo una la finca hipotecada, posteriormente se divide o segrega, produciéndose lo

que se denomina el “arrastré” de la totalidad de la hipoteca a cada una de las fincas resultantes.

Sin embargo, no existe regulación de la novación consistente en la reducción de la responsabilidad hipotecaria de una finca por pago parcial de la deuda en aquéllos casos en los que se produce la constitución de hipoteca sobre una pluralidad de fincas, de modo que cada una de ellas está sujeta a su propia responsabilidad hipotecaria, operando desde ese momento como hipotecas independientes.

En tal supuesto, está claro que la cancelación parcial de la hipoteca que sea total respecto de finca determinada por haber sido satisfecha en su totalidad la parte de deuda de la que respondía es posible sin necesidad de consentimiento del deudor.

La duda se produce para el supuesto en que habiendo sido satisfecha parte de la deuda garantizada sólo se reduce pero no se suprime totalmente la responsabilidad hipotecaria de una finca concreta, produciéndose una figura similar a la nueva distribución de responsabilidad hipotecaria, una suerte de novación modificativa de la garantía constituida.

Las posturas no son claras al respecto, existiendo argumentos para defender la equiparación a la posibilidad de distribuir unilateralmente la hipoteca entre los distintos elementos en que se divide un edificio en régimen de propiedad horizontal. Frente a ello, la legislación cuenta igualmente con argumentos e interpretaciones contrarias, que entienden que como tal modificación, precisará el consentimiento del deudor en aras a consentir la nueva determinación de responsabilidad hipotecaria de la finca.

Artículo 1169 Código Civil

A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.

Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

Artículo 1172 Código Civil

El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse.

Si aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato.

Artículo 1173 Código Civil

Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses.

Artículo 1174 Código Civil

Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas.

Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata.

Artículo 1203 Código Civil

Las obligaciones pueden modificarse:

- 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales.
- 2.º Sustituyendo la persona del deudor.
- 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.

Artículo 6.2 Código Civil

La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

Artículo 1860 Código Civil

La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor.

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.

Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.

El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

Artículo 122 Ley Hipotecaria

La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos.

Artículo 124 Código Civil

Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

Artículo 221 Código Civil

Distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme a los artículos 119 y siguientes de la Ley, si alguna de ellas pasare a tercer poseedor, éste podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas.

Casos prácticos Seminario 01-02-2023

1. ¿Es necesaria la aprobación judicial del artículo 289 del Código Civil para aceptar una entrega de legado cuando un legatario de metálico tiene una discapacidad y establecidas medidas de apoyo?

Comparecen en la escritura todos los herederos y los legatarios, estando uno de los legatarios de metálico representado por sus padres por tener una discapacidad, haber sido rehabilitada la patria potestad y no haber sido aún objeto de revisión la sentencia.

No afectando el legado en metálico a los bienes inmuebles por haber transcurrido más de 180 días desde el fallecimiento, la existencia de un legado en metálico realizado en favor de legatario no heredero ni legitimario no exige la aprobación judicial de las operaciones particionales.

En primer lugar, tratándose de un supuesto de patria potestad prorrogada, la autorización únicamente será necesaria para repudiar el legado pero no para aceptarlo o tomar posesión del mismo, como lo ponen de manifiesto los artículos 166 y 1060 del Código Civil.

En todo caso, aún cuando se tratara de persona a quien fueran de aplicación las normas de la curatela representativa, según el artículo 289 del mismo cuerpo legal, tampoco la aceptación de legado por quien presta la medida de apoyo a persona con discapacidad exige aprobación judicial, sino sólo la actuación consistente en la partición de herencia.

Así, en tanto que la determinación del haber hereditario y formación de lotes ha sido efectuada por los herederos a quienes únicamente corresponde respecto del legado afirmar la existencia de la cosa legada y

hacer entrega de la misma al legatario, este último no interviene en las operaciones particionales. Así lo demuestra la regulación de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, que en los artículos 1026 y 1032 del Código Civil prevé el pago de acreedores y entrega de legados como operaciones previas a la partición hereditaria.

Artículo 166 Código Civil

Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Artículo 289 Código Civil

No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Artículo 1026 Código Civil

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración

Artículo 1032 Código Civil

Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.

Artículo 1060 del Código Civil

Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

¿Es necesario que se haga constar expresamente la solicitud de que se haga constar la prohibición de establecimiento de viviendas de uso turístico en el acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios o es suficiente con la constancia de que “Al estar el 100% de los propietarios. Se acuerda por unanimidad prohibir el arrendamiento de viviendas de uso turístico”?

No es necesaria una forma sacramental, siendo suficiente con la inclusión de la misma como contenido de la modificación estatutaria pactada al amparo de los artículos 7.2 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Artículo 7.2 Ley de Propiedad Horizontal

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

Artículo 17 Ley de Propiedad Horizontal

6. Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación.

¿Frente a quién ha de dirigirse el procedimiento expropiatorio cuando se pretende asentar un ascensor público sobre un terreno que es elemento común de 5 Comunidades y un parking con unos 500 propietarios, adquiriendo la porción del suelo a ocupar? ¿Ha de ser frente a cada uno de los propietarios o puede dirigirse a las comunidades?

Artículo tercero Ley de Expropiación Forzosa

1. Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación.

2. Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registro fiscales, o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente.

Artículo 6 Reglamento de Expropiación Forzosa

1. La determinación de la persona o entidad a la que conviene el carácter de expropiado en los expedientes expropiatorios se ajustará a lo dispuesto en los artículos 3 a 7 de la Ley.

Artículo 32 Reglamento Hipotecario

Los asientos derivados de procedimientos de expropiación forzosa se practicarán conforme a las normas establecidas en la legislación especial y a las siguientes:

Primera.-Los Registradores harán constar, en su caso, por nota al margen de las inscripciones correspondientes, que han expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de la expropiación e indicarán su fecha y el procedimiento de que se trate. Estas notas se cancelarán por caducidad transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nueva asiento relacionado con el mismo expediente.

Segunda.-Para que los títulos de expropiación puedan inscribirse, si se trata de fincas o derechos inscritos, el expediente deberá entenderse con el titular registral o quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, en la forma prevenida por la legislación especial, sin perjuicio de la Intervención de otros interesados, si los hubiere.

Tercera.-Podrá extenderse anotación preventiva a favor del expropiante o beneficiario mediante el acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional.

La anotación tendrá la duración señalada en el artículo ochenta y seis de la Ley y se convertirá en inscripción mediante el documento que acredite el pago o la consignación del justo precio en el acta de ocupación,

Cuarta.-Será título inscribible a favor del expropiante o beneficiario el acta en que consten el pago y la ocupación, o solamente el acta de ocupación, acompañada en este caso del documento que acredite la consignación del justo precio o del correspondiente resguardo de depósito del mismo. En virtud de dichos títulos se practicará, en su caso, la inmatriculación.

A los efectos de la inscripción, se entenderá fijado definitivamente el justo precio cuando por no haber acuerdo haya sido determinado aquél por el Jurado Provincial de Expropiación o el organismo competente con arreglo a las disposiciones especiales.

Quinta.-El dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica.

Para que puedan cancelarse los asientos de fecha anterior dicha nota deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago, o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo,, según los casos. En el título se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales.

Sexta.-Los asientos contendrán las circunstancias prevenidas para la inscripción en la legislación hipotecaria y las necesarias según la legislación especial. Si no pudiera hacerse constar alguna circunstancia se expresará así en el título, y, en su caso, en la inscripción.

2. ¿Cómo se inscriben los bienes adquiridos en subasta por un condómino como consecuencia de una acción de división de cosa común? Es decir, ¿se trata de adquisición por disolución de comunidad y el bien adquiere el carácter de privativo que tenía la cuota en la comunidad originaria o se trata de compra y, por tanto, será parte privativo y parte sujeto al régimen económico matrimonial?

En el supuesto de adjudicación de la cosa común a uno de los comuneros por su indivisibilidad, amparada por el artículo 401 del Código Civil, serán de aplicación las normas previstas en el artículo 1436 y 1437 del Código Civil, bien directa, bien analógicamente, de las que resulta la aplicación a estos supuestos del principio de subrogación real. Esto significa que la finca tendrá el carácter que tenía la participación originaria en la comunidad, sin perjuicio del derecho de reembolso. Esta presunción será aplicable en tanto no se haga manifestación causalizada en contrario que permita señalar un carácter diferente a las participaciones adquiridas o a la finca en su totalidad.

Esta regulación e interpretación es aplicable por la titularidad de cuota indivisa y el ejercicio de la acción de división de la cosa común, independientemente del título de disolución de comunidad, por lo que con independencia de que la adquisición tenga lugar como consecuencia del ejercicio de derecho de adquisición preferente concedido al comunero, del título de extinción de condominio, compra, adjudicación o cualquier otro oneroso que sea aplicable, los preceptos determinantes del traslado a la totalidad de la finca del carácter que tuviera la cuota originaria serán aplicables al no haber expresión en contrario a esta norma en los artículos que resultan la subrogación real en el ámbito patrimonial del matrimonio.

Artículo 401 Código Civil

Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina.

Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo trescientos noventa y seis.

Artículo 1436 Código Civil

Son privativos de cada uno de los cónyuges:

3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.

(...)

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

Artículo 1347 Código Civil

Son bienes gananciales:

3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

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 gauzatuko 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 erreferentziak 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, argialetxea, 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 berrikuspen 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*.



ERAKUNDE ARGITARAZLEAK ENTIDADES EDITORAS



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



AVD-ZEA
Academia Vasca de
Derecho Zuzenbidearen
Euskal Academia



2003
2023



Ilustre Colegio de
la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen
Elkargo Ohoretsua

ERAKUNDE LAGUNTZAILEAK ENTIDADES COLABORADORAS



Euskadi, negozio, bice comitè

