EUSKAL ZUZENBIDE ZIBILAREN BATZORDEA

COMISIÓN DE DERECHO CIVIL VASCO

EVALUACIÓN DE SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO 2015-2018

SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO

(Texto completo)

INDICE

1. INTRODUCCIÓN 5
1.1. Contexto y alcance del encargo recibido. 5
1.2. ¿Qué normas componen el Derecho civil vasco a evaluar? 7
1.2.1. Diferentes interpretaciones jurisprudenciales y constitucionales. 7
1.2.2. Criterio efectivamente empleado para elegir las normas a evaluar. 12
2. EVALUACIÓN GLOBAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO. 20
2.1. Aplicación jurisprudencial. 20
2.2. Aplicación en sede de la Dirección General del Registros y Notariado. 23
3. EVALUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO POR MATERIAS:. **Errorea! Laster-marka definitu gabe.**
3.1. Derecho civil general 24
3.1.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV). 24
3.2. Derecho sucesorio 34
3.2.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV). 34
3.3.2. Otras leyes autonómicas relacionadas 69
3.3. Derecho patrimonial 70
3.3.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV). 71
3.3.2 Otras leyes autonómicas relacionadas 109
3.4. Derecho de familia 110
3.4.1. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV). 111
3.4.2. Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho (en adelante, LPH) 119
3.4.3. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, ley 7/2015). 136
3.4.4 Otras leyes autonómicas relacionadas 162
3.4. Derecho de las personas jurídicas 174
3.5.1. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV). 175
3.5.2. Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco 177
3.5.3. Otras leyes autonómicas relacionadas 178
4. CONCLUSIONES GENERALES 186
BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL DOCUMENTO 192
Notas al texto. 196

EUSKAL ZUZENBIDE ZIBILAREN BATZORDEA
COMISIÓN DE DERECHO CIVIL VASCO

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution 3.0 Unported (CC BY 3.0)
Para ver una copia de la licencia visite: http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/

EUSKAL ZUZENBIDE ZIBILAREN BATZORDEA

COMISIÓN DE DERECHO CIVIL VASCO

EVALUACIÓN DE SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO 2015-2018

SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL VASCO

(Texto completo)

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Contexto y alcance del encargo recibido.

La ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en su Disposición Adicional Primera, ordena la creación de la Comisión de Derecho Civil Vasco. Se trata de un órgano consultivo de asesoramiento del Parlamento y del Gobierno Vasco. Su misión es impulsar el desarrollo del Derecho Civil Vasco mediante la investigación, evaluación y discusión de propuestas, así como la de proponer innovaciones y modificaciones legislativas en la materia.

El 29 de noviembre de 2017 la Comisión de Derecho Civil Vasco se constituyó formalmente y celebró su primera reunión y desde entonces se viene reuniendo con una periodicidad anual.

La Comisión de Derecho Civil Vasco está adscrita al departamento de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco competente en materia de Derecho civil, que es el Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno. Su composición y régimen de funcionamiento se rige por sus Estatutos regulados mediante el Decreto 140/2016, de 4 de octubre.

El Pleno de la Comisión de Derecho Civil Vasco lo integran treinta y dos miembros. Conforme dispone el art. 8 de los estatutos, está compuesto además de la Presidencia –cargo que recae en la persona titular de departamento competente en materia de Derecho civil- por las personas designadas por las instituciones y organismos que seguidamente se relacionan:

a) Tres altos cargos del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de Derecho Civil;

b) Tres personas juristas de prestigio designadas por el Parlamento Vasco;

c) Tres, a razón de una persona jurista de prestigio designada por cada una de las Juntas Generales de los Territorios Históricos;

d) Cuatro, a razón de una persona designada en representación de Emakunde y una de cada uno de los órganos de la Administración General de la Comunidad Autónoma competentes en las materias de asuntos europeos, en economía social y en política familiar;

e) Tres, a razón de una por cada uno de los Ilustres Colegio de Abogados de Álava, Gipuzkoa y del Colegio de la Abogacía de Bizkaia;

f) Tres, a razón de una por cada uno de los Ilustres Colegios de Procuradores de Bizkaia, Álava y Gipuzkoa;

g) Tres personas designadas por el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco;

h) Tres personas designadas por el Decanato del Colegio de Registradores;

i) Tres, a razón de una por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, una por la Universidad de Deusto y una por la Universidad de Mondragón;

j) Una persona designada por la Academia Vasca del Derecho.

También pueden formar parte del pleno y de hecho así lo hacen, un magistrado o magistrada de entre los ejercientes en el País Vasco, designado por el órgano de gobierno del Poder Judicial; y una persona perteneciente al Ministerio Fiscal, designada de entre los y las ejercientes en el País Vasco por el/la Fiscal General del Estado.

El artículo 9.f) del Decreto 140/2016, de 4 de octubre, de aprobación de los Estatutos de la Comisión de Derecho Civil Vasco atribuye al Pleno de la Comisión, entre otras, las siguientes funciones "*la revisión y análisis sistemático del derecho vigente incluyendo, además de las normas escritas, la revelación y difusión del Derecho consuetudinario y derivado de los principios generales inspiradores del Derecho civil vasco, al objeto tanto de facilitar su aplicación como de sentar las bases y los puntos de conexión en los que se habrá de basar su desarrollo*".

Dados los importantes cambios sobre la materia habidos y sobre la base de la función atribuida por sus Estatutos el primer trabajo que la Comisión se ha planteado realizar ha sido una investigación de situación y evaluación del Derecho Civil Vasco que permita conocer la aplicación e interpretación que están realizando los operadores jurídicos y valorar la incidencia que está teniendo en la sociedad vasca. El presente estudio alcanza al período comprendido entre el 3 de octubre de 2015 –fecha de entrada en vigor de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco (en adelante, LDCV) hasta el 31 de diciembre de 2018.

El objetivo de esta investigación pasa por "*ser una primera aproximación para valorar la situación de partida del Derecho civil vasco, en este momento crucial de su desarrollo, sobre la experiencia práctica desde la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y las demás leyes que recientemente han avanzado en la línea de su desarrollo, con el fin de alimentar las reflexiones y debates que puedan producirse en la Comisión*".

El presente documento recoge ese trabajo de investigación realizado aprovechando "*el profundo conocimiento y pluralidad de perspectivas que permite la propia composición de la Comisión, y con la ayuda de sus vocales como expertos y representantes de los principales agentes y actores del mundo del Derecho privado en el País Vasco*". En su elaboración se ha contado con la asistencia y apoyo del Comité técnico en orden a la "recopilación de datos aplicativos y estadísticos sobre la incidencia y la realidad práctica civil y judicial".

En todo caso conviene anticipar que las conclusiones que la evaluación realizada en los escasos tres primeros años a los que se ciñe el estudio, aunque no sean concluyentes, sí permiten obtener una primera fotografía en torno a su aplicación, a su conocimiento etc., y nos permite proponer algunas medidas que contribuyan al reforzamiento y consolidación de nuestro Derecho civil propio.

1.2. ¿Qué normas componen el Derecho civil vasco a evaluar?

1.2.1. Diferentes interpretaciones jurisprudenciales y constitucionales.

La identificación de aquellas normas que pueden subsumirse en el conjunto de las que conforman el Derecho Civil vasco no es ni ha sido una cuestión definitivamente cerrada. Ha habido una evolución a través del tiempo y es susceptible de diversos enfoques.

Desde una vertiente competencial, es el art. 10.5 del Estatuto de Gernika el que reconoce como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Euskadi la "*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*". Y lo hace de conformidad con la previsión contenida en el art. 149.1.8 de la Constitución que dice: "*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde exista. En todo caso, [serán competencia exclusiva del Estado] las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*".

La delimitación del alcance y contenido del Derecho civil foral ha sido abordada por la doctrina constitucional, con resultados dispares. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias, ha tratado de acotar los conceptos constitucionales y estatutarios de "conservación", "modificación" y "desarrollo" de los Derechos civiles especiales y forales "allí donde existan". Y, particularmente, ha incidido sobre la necesidad de regular sobre "instituciones conexas" con aquéllas que estaban vigentes en el momento de la promulgación de la Constitución, dentro de lo que el Tribunal Constitucional ha entendido como la potestad de actualización o innovación del derecho civil propio. En tal sentido, tanto la noción de "instituciones conexas" y la identificación de las normas y fuentes sobre las que cabe construir esa actualización, como el grado de "conexidad" más o menos directa o tangencial que puede ser exigible a esas innovaciones, han sido cuestiones polémicas no exentas de diferentes interpretaciones.

Por otro lado, la jurisdicción ordinaria también ha tenido que dar respuesta a la cuestión de qué normas conforman el derecho civil vasco a la hora de plantearse la infracción de qué normas se pueden invocar para hacer admisible la casación civil foral. También en la jurisprudencia ordinaria se puede apreciar una evolución entre una mayor apertura y un cierre más estrecho, que debemos tener en cuenta. Así, la primera jurisprudencia dictada tras la entrada en vigor de la Constitución y en cierta medida de forma continuista con la jurisprudencia anterior, consideró que el llamado Derecho Foral era, básicamente, lo contenido en la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, primero, y la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco después, y poca cosa más. Esta estricta vinculación del Derecho civil vasco al Derecho compilado se veía además agravada por el hecho de que la primera, la Compilación, no contenía regulación alguna de fuentes.

Posteriormente, haciendo suya una doctrina más generosa, el Tribunal Supremo, amplió la concepción del Derecho civil vasco, al dejar sentado que determinados aspectos de la Ley de Cooperativas del País Vasco[i], o de la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco[ii], "no puede(n) ser excluida(s) del concepto de Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, *ya que estamos ante una materia que, es regulada por una norma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de jurisdicción civil*", declarando consiguientemente que el órgano competente para conocer del recurso de casación civil sobre ellas era el Tribunal Superior

de Justicia del País Vasco. Pero esa visión amplia podría verse matizada o incluso contradicha en otras decisiones posteriores del mismo Tribunal Supremo, como por ejemplo en el Auto de 3 de marzo de 2015, sobre derecho civil gallego, y Auto de 20 de mayo de 2015 (Roj. ATS 1990/2015) en relación a la Ley de Vivienda de Galicia donde viene a decir que "*no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio*" añadiendo que "*el criterio más seguro para responder a esta cuestión es el de la competencia legislativa, de modo que una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1-8ª CE*" o en el Auto de 5 de septiembre de 2018 (Roj. ATS 8857/2018) donde el Tribunal modificando el criterio anteriormente seguido, se declara competente para conocer de un recurso de casación civil sobre la Ley de cooperativas de Galicia.

Sin necesidad de entrar en este momento en un análisis en profundidad de los diferentes vaivenes jurisprudenciales arriba citados, por no ser objeto del presente informe, baste ahora decir que, como ha admitido la jurisprudencia constitucional más reciente el concepto de *desarrollo* "debe referirse a todo el Derecho civil foral y especial y no solamente al derecho compilado", lo cual será necesario interpretar "a la luz de la tradición jurídica de la Comunidad Autónoma" (doctrina de las STC 88/1993, reiterada en la STC 95/2017, FJ 5) teniendo en cuenta su acervo jurídico completo.

Esta apertura a la tradición jurídica de la Comunidad Autónoma, incluida la relativa a la posibilidad de reformar, recortar o ampliar el Fuero[iii], y la exclusión de la estricta vinculación a los textos compilados, en aplicación de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional del inciso "allí donde existan", viene a marcar un nuevo capítulo en una larga polémica, que es especialmente relevante en el caso vasco, porque la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de derecho civil foral de Vizcaya y Álava, se limitó a dar carta de naturaleza a la "selección" de determinadas costumbres civiles y normas previamente contenidas en el fuero, silenciando diversas partes del mismo. Este silencio en la Compilación de 1959 de algo que estaba vigente en la ley y la práctica foral inveterada y sostenida hasta aquel momento, está en la base de la errónea creencia de que las particularidades del Derecho civil vasco (y peculiarmente, centrando aquél en el de Bizkaia y Araba) se ciñen al ámbito matrimonial (o a su régimen económico), a la sucesión por causa de muerte y a la regulación de la troncalidad en sede del derecho de bienes. E

implica la errónea creencia de que otros ámbitos del derecho civil hasta entonces en vigor, como los relativos al Derecho de la persona o la familia, los Derechos reales, los Derechos de obligaciones y contratos, no presentaban una especificidad foral y se habían regido siempre por Derecho castellano o Derecho común, que debía ser el que siguiera disciplinando esas materias.

Sin embargo, ello no implicó una derogación formal del Derecho previamente vigente. Es más, elocuentemente, la Compilación no contenía una cláusula formalmente derogatoria, sino dos cláusulas finales[iv] que dejaron un notable margen para la interpretación sobre su alcance y, particularmente, en cuanto a su alcance sobre las leyes que el Código Civil declaraba vigentes y en cuanto a la pervivencia del derecho consuetudinario la práctica privada, como usos o costumbres.

Además, el Fuero siguió vigente, incluso después de la entrada en vigor de la compilación, y era directamente aplicado por los Tribunales[v], en tanto que Derecho transitorio en relación con todos los actos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, por mandato expreso y remisión de las dos disposiciones transitorias de esta. Así mismo, en la medida en que el Derecho guipuzcoano no fue incluido en aquella compilación de 1959 y siguió siendo íntegramente aplicado, en tanto que costumbre, en dicho territorio, hasta la legalización de algunas de sus instituciones con su recepción formal en la Ley 3/1992 a través de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

Por todo ello ha llegado a afirmarse por la doctrina[vi] que, en el caso vasco, el franquismo no tuvo consecuencias en el ámbito del Derecho civil foral de los diferentes territorios del País Vasco, que siguió formalmente vigente, particularmente en forma consuetudinaria, en la situación en la que se encontraba desde finales del siglo XIX. La misma conclusión se destacaba en el dictamen 3013/2003, de 11 de diciembre, del Consejo de Estado en el asunto "adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho".

Así mismo, a la hora de delimitar el alcance del Derecho civil vigente "al tiempo de entrada en vigor de la Constitución" en los términos en los que al mismo se refiere el Tribunal Constitucional y, en particular, en el caso del Derecho civil vasco, no pueden obviarse las consecuencias de la propia Constitución y, concretamente, de lo previsto por la disposición adicional primera y la disposición derogatoria segunda de la Constitución. A este hecho se ha referido la doctrina y la jurisprudencia con la expresión "plus de legitimidad foral"[vii].

Por un lado, cuando la disposición derogatoria segunda lleva a cabo la derogación expresa "en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia", de la Ley de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876, la Constitución no excepciona el Derecho civil[viii], del mismo modo que ni una ni otra de las leyes abolitorias derogadas, ni en la de 1839[ix] ni en la de 1876[x], se hace distingos en su literalidad entre Derecho público y privado a la hora de proceder a "modificar" y "reformar" los fueros. Por otro, aunque conviniésemos en que la derogación no tiene como efecto automático la reviviscencia de la legislación anterior[xi], en este caso dicha derogación viene acompañada no sólo de un reconocimiento competencial a la Comunidad Autónoma del País Vasco, para el desarrollo del Derecho civil y foral propio en el marco del artículo 149.1.8 CE y 10.5 del Estatuto de Autonomía, sino también de un mandato de "actualización general de dicho régimen foral" (del que nadie duda forma parte el Derecho civil foral o especial) en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, contenido en la disposición adicional primera de la Constitución, disposiciones estas que deben lógicamente incluirse entre las normas en vigor en ese momento, y tenerse en cuenta al juzgar la constitucionalidad de las normas preconstitucionales que restaran vigor a las instituciones propias del País Vasco[xii].

Y ese ánimo por revitalizar el Derecho civil vasco, en su conjunto y sin circunscribirse al Derecho compilado, es expreso y constante también en las distintas leyes civiles vascas dictadas hasta la fecha, las cuales siempre han reiterado la urgente necesidad de estudiar sus textos y costumbres, para su desarrollo, actualización y modificación: "El inicio de un proceso"… de recuperación de un Derecho foral que "estuvo en vigor en su plenitud hasta la Compilación de 1959, que en muchos aspectos la recortó y limitó" y que "es indispensable actualizar, al modo que el viejo Derecho común español se modernizaba en el Código Civil y las numerosas leyes posteriores".

Este mandato y deseo de actualización del régimen foral encuentra pleno sentido a la hora delimitar el contorno de la tradición jurídica a la que puede válidamente apelarse por conexión de cara a regular "ex novo" instituciones de derecho civil que sean necesario actualizar o desarrollar, adecuando este Derecho a los nuevos tiempos y necesidades sociales.

Por lo expuesto, los contornos de la competencia legislativa civil autonómica del artículo 10.5 del Estatuto varían en función de la doctrina constitucional que en cada momento prevalezca, moviéndose la doctrina constitucional entre dos extremos. Por un lado, la doctrina más autonomista que defiende el carácter de ordenamiento autónomo y completo del derecho civil propio dotado de la sistematización y conexión interna y de la complitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa, lo que conlleva

admitir la pluralidad legislativa en el Estado. Y, por otro, la doctrina más centralista, que persigue lograr el mayor grado de uniformidad posible, configurando estos derechos privados territorialmente localizados como una anomalía o una normativa de carácter residual. Entre ambos extremos, podemos sintetizar, de momento, que la competencia en materia de derecho civil foral o especial se encuadra competencialmente en el art. 149.1.8 CE, en el inciso «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de las CCAA de los derechos civiles forales o especiales» y en el inciso «allí donde existan», debiendo respetar los ámbitos materiales que «en todo caso» se reserva el Estado. Para ejercer la competencia de «desarrollo» del derecho propio y regular «*ex novo*» una institución jurídica, ha de probarse que posee conexión con alguna institución que estuviera vigente al tiempo de promulgarse la Constitución. Ello significa que este crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección, ni sobre cualesquiera objetos, por no estar ante una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materia.*

Por lo tanto, a la hora de proceder a esa actualización del Derecho civil propio podría resultar de gran utilidad tener en cuenta los antecedentes jurisprudenciales, notariales y los textos legales forales como exponentes de la tradición jurídica o de antecedentes históricos, de los que poder partir, por conexión, como base para actualizar la generalidad del régimen foral en el marco estatutario como ordena la Constitución.

1.2.2. Criterio efectivamente empleado para elegir las normas a evaluar.

A los efectos de esta evaluación que ahora nos proponemos, creemos que debemos distinguir nítidamente la cuestión competencial o cuál es el alcance potencial o constitucional de la competencia reconocida en el artículo 10.5 del Estatuto para la "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" y otra es el Derecho civil vasco actualmente vigente. Porque es este último, el Derecho civil vasco vigente, el que debemos evaluar, sin entrar a tampoco a aventurar en este el momento qué otros campos podrían ser abarcados por el Derecho civil vasco a futuro, dentro del desarrollo que le está permitido, pero que hoy en día no cuentan con una legislación o normativa específica, cuya aplicación se pueda evaluar. En tal sentido, partimos de una situación legislativa dada, que no podemos alterar, y que constituye precisamente su objeto de estudio, incluyendo todas aquellas normas civiles en vigor en Euskadi (sea porque, dictadas por el Parlamento vasco en ejercicio formal de la competencia en materia de Derecho civil foral o especial, o a través de leyes sobre otras materias; sea porque mantienen alguna vigencia en forma consuetudinaria).

Dicho lo anterior, el punto de partida ineludible es acudir, en primer lugar, a lo que el mismo Derecho civil vasco dice sobre cuáles son las normas que lo integran, es decir, su propio sistema de fuentes, regulado hoy en día en los artículos 1 a 4 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV). Dice así el artículo 1.1: "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".

En tal sentido, el primer referente inexcusable es la Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho Civil Vasco (en adelante, LDCV). Esta ley, además, es la que ha reconocido, por primera vez, la existencia de una vecindad civil vasca para el conjunto de los Territorios que conforman la Comunidad Autónoma de Euskadi y un conjunto de normas comunes, es la que articula el sistema de fuentes del derecho civil vasco (arts. 1 a 4), así como los principios inspiradores de la ley civil vasca (arts. 5 a 7) y la que delimita el ámbito de aplicación de la ley civil vasca (arts. 8 a 11). Se trata, por todo ello, de una ley nuclear dentro del *corpus* del Derecho Civil Vasco.

Como segundo criterio, consideramos que la evaluación del Derecho civil vasco debe intentar abarcar el análisis de un concepto lo más amplio posible de lo que puede entenderse por Derecho civil vasco, más allá de cualquier apriorismo. Es decir, dada la exigencia constitucional de basar el desarrollo en puntos de conexión preexistentes, a fin de favorecer su crecimiento orgánico, se debe analizar la aplicación de todas aquellas normas y leyes vascas que, directa o tangencialmente, regulen materias de Derecho civil vasco, clarificando cuáles son aquellos puntos de conexión de los que en el futuro puede valerse ese desarrollo. Hemos por ello de hacer el esfuerzo por identificar, de la manera más completa posible, ese posible abanico de leyes y normas y, con ello, los posibles puntos de conexión del Derecho civil vasco futuro, sobre las cuales exclusivamente nos compete tratar de analizar su situación aplicativa actual. Y quizá, solo en la medida en que estrictamente sea necesario para realizar una comparativa que permite poner de relieve la evolución producida, a aquellas normas que en su momento pudieron constituir el corpus del derecho civil vasco.

Volviendo de nuevo a la definición del Derecho civil que hace la LDCV, tanto el propio título de la Ley como el artículo 1.1 podrían llevar al equívoco de pensar el Derecho civil vasco escrito (es decir, el contenido en leyes promulgadas y publicadas, sin perjuicio de la costumbre o los principios generales que lo informan), es exclusivamente el contenido en la LDCV. Nada más lejos de la realidad.

La propia LDCV, a través de su disposición adicional segunda, modificó expresamente algunos artículos de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. Concretamente, los artículos 2 (estableciendo la vecindad civil vasca como punto de

conexión para el ámbito de aplicación subjetivo de la ley) y 5 (con el establecimiento del régimen económico de separación de bienes como régimen supletorio en defecto de pacto). No en vano, aquella ley fue la que motivó el dictamen 3013/2003, de 11 de diciembre, del Consejo de Estado al que antes nos hemos referido, que afirmaba que "cabe entender que existe una conexión entre el derecho civil foral del País Vasco y la regulación que se trata de introducir".

Así mismo, apenas cinco días después de la aprobación de la LDCV, se aprobaba también la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Esta última ley, que desde un inicio se declaró parte del Derecho civil vasco y apeló formalmente en su exposición de motivos al título del artículo 10.5 del Estatuto, fue la primera que, partiendo de la conexión con aquellas referencias al Derecho de familia contenidas en las dos anteriores, hizo abiertamente ejercicio de la competencia de "desarrollo" del Derecho civil, regulando completamente "ex novo" una materia de la que ya había antecedentes en otras Comunidades Autónomas, pero que no había sido abordada en Euskadi hasta ese momento. De esta manera, la ley respondía al mandato de actualización de los derechos históricos, como solución a la omisión de una de las materias silenciadas en la Compilación, al recuperar la tradición de las normas sobre relaciones paterno filiales contenidas, entre otros, en el Título XXII del Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526.

La ley entró en vigor el 10 de octubre de 2015 y, desde entonces, el Tribunal Constitucional ha rechazado hasta en dos ocasiones declarar su inconstitucionalidad[xiii] y su aplicación por parte de los Juzgados y Tribunales de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba se ha generalizado, al punto de que más de la mitad de las resoluciones judiciales dictadas por jueces y tribunales del orden civil que aplican el Derecho Civil Vasco están relacionadas con casos de rupturas de los progenitores. Esta efervescencia jurisprudencial del Derecho de Familia en el Derecho civil vasco, y particularmente en relación con la aplicación de esta Ley, determina la conveniencia de realizar un análisis y evaluación singularizado. Esta dinámica en la que las cuestiones civiles que mayor litigiosidad generan acaban recayendo en el campo del Derecho de Familia no es ajena a las dinámicas socioeconómicas y sociológicas propias de la sociedad actual.

Por los motivos que acabamos de indicar, puede decirse que las tres leyes que acabamos de citar constituyen el núcleo central o troncal del Derecho civil vasco actual. Sin embargo, sería un error entender que el Derecho civil vasco se circunscribe únicamente a las tres leyes que acabamos de citar.

Incluso desde la lectura más restrictiva que hacían los autos del Tribunal Supremo a los que antes nos hemos referido (Auto de 3 de marzo de 2015, Auto de 20 de mayo de 2015)

en el sentido de que "no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial", se nos decía que "*el criterio más seguro para responder a esta cuestión es el de la competencia legislativa, de modo que una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1-8ª CE*".

Pero con ser "el criterio más seguro", como razonaban dichos autos, no puede entenderse (tampoco los citados autos del Tribunal Supremo llegan a afirmarlo así expresamente) ni como un criterio estático, ni como el único criterio para determinar su una norma constituye o no parte del "Derecho civil, foral o especial propio" del País vasco. Y es que lo cierto es que, con posterioridad a las tres normas anteriores, ya se ha dado la aprobación de otras leyes que apelan expresa y directamente a **la "*conservación, modificación y desarrollo*"** del Derecho civil vasco como una de las bases en las que se sustenta su dictado y a las que responde su contenido.

Así, dentro del periodo objeto de evaluación (2015-2018) ya la Ley 9/2016, de 2 de junio, de fundaciones del País Vasco, hizo expresa referencia en su exposición de motivos al título competencial del 10.5 del Estatuto, por lo que debe incluirse como norma de Derecho civil vasco de pleno Derecho, al incluir contenidos que la legislación estatal considera Derecho civil, haciendo además una llamada específica a los Derechos civiles propios o forales que vengan a regularlos.

Posteriormente, también lo ha hecho la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi. Lo que, aunque acaecido fuera del presente periodo de evaluación, llama a tener en cuenta, en esta evaluación, las normas autonómicas que la han precedido en materia de cooperativas.

Ambas leyes, tanto la Ley 9/2016, de Fundaciones, como la Ley 11/2019, de Cooperativas, se aprobaron con el visto bueno de todos los órganos que participaron en su elaboración (incluido el dictamen favorable de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi), con la aquiescencia de todas las Administraciones consultadas y, por supuesto, con plena aprobación parlamentaria. Y, sin que ni el Gobierno central o la Administración General del Estado pusieran en duda la corrección de dicho título competencial o el contenido civil de las mismas, ni ningún órgano judicial lo haya planteado tampoco. No vemos, por tanto, en qué sentido podríamos nosotros, como Comisión de Derecho Civil Vasco, dejar de incluir dichas materias en una evaluación general de éste.

De lo dicho hasta ahora ya queda claro que el criterio formal o declarado no es un criterio estático, y ni siquiera es un criterio uniforme, o que permita incluir o excluir de la categoría

del Derecho civil propio todos los contenidos de una Ley. Razón por la que tanto el Tribunal Supremo y como Tribunal Constitucional han acudido también a otros criterios, destacadamente este último, al establecer que, a la hora de la determinación del título competencial ejercido en cada caso, deben tenerse también en consideración otros factores, junto a la declaración hecha por la exposición de motivos. En este sentido, es reiterada la doctrina constitucional que afirma que es "necesario, en orden a la determinación del título competencial aplicable, efectuar un análisis específico de la naturaleza, objeto y contenido de las disposiciones controvertidas" (Auto del Tribunal Constitucional, Pleno, 27/2019 de 9 Abr. 2019, Rec. 5926/2018, FJ 3), primando el criterio material sobre el meramente declarado[xiv].

Y ello, porque el legislador autonómico (como tampoco lo hiciera en su día el legislador foral, a la hora de incluirlas o no en el Fuero) no para en distingos doctrinales o teóricos de este tipo a la hora de regular de forma más o menos íntegra o transversal y al amparo de diversos títulos competenciales todo lo que entiende necesario de regulación en atención a una materia, incluyendo con habitualidad contenidos tanto de puro derecho autonómico (por oposición al civil foral o especial y sin significar, por supuesto, que las normas de derecho civil foral y especial no sean normas de derecho autonómico en sí mismas, que evidentemente lo son) como de lo que más estrictamente podríamos denominar "Derecho civil vasco".

Ejemplo palpable de ello es la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que abordó un desarrollo de contenidos que no estaban específicamente contenidos ni en los textos forales ni en la Compilación, y que es una norma que no sólo tiene contenidos de Derecho civil vasco, sino que incluye, sobre todo, otras normas de carácter administrativo. Es decir, normas que, en tal medida, deberían caer en el saco de lo que hemos denominado "puro derecho autonómico", lo que podría situar la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, tanto desde su origen como en la actualidad, al nivel de las Leyes de parejas de hecho estrictamente autonómico, como ya existen en otras comunidades autónomas sin derecho civil propio (como Madrid, Andalucía, Extremadura, Asturias, Cantabria...[xv]). Y, sin embargo, ya hemos dejado sentado (en atención a esos contenidos civiles, y tanto a la jurisprudencia constitucional en relación con ellos, como a la modificación introducida por la LDCV al modificar el punto de conexión) que la Ley debe incluirse entre las normas troncales del Derecho civil vasco.

Así sucedió también con la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, que no incluía referencia expresa a la "*conservación, modificación y desarrollo*" del Derecho civil vasco, a pesar de la larga tradición fundacional del País Vasco desde los tiempos forales. Esa situación no cambió con la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, estatal

de Fundaciones, que en la disposición final primera ya determina expresamente que determinados contenidos constituyen legislación civil, contenidos que ya lo eran regulados por la Ley vasca y que, como tales, sólo son aplicables con carácter preferente a la legislación estatal de aplicación general como Derecho Civil Foral o Especial a la que la ley Estatal llama de forma específica[xvi]. Sin embargo, sí incluye la apelación expresa a ese título competencial del artículo 10.5 del Estatuto, como hemos adelantado, la Ley 9/2016, de 2 de junio, de fundaciones del País Vasco.

Y aunque incluyen referencias a la libertad civil y la tradición foral como fundamentos históricos de la actividad asociativa, ni la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones, ni la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del País Vasco, ni la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, ni la Ley 6/2008, de 25 de junio, de sociedad cooperativa pequeña empresa del País Vasco, se refieren expresamente al título en materia de Derecho civil vasco... pero sí lo hace la LDCV que en su artículo 16 pone en valor la regulación de las sociedades civiles constituidas bajo alguna de las formas tradicionales de cofradías, hermandades o mutualidades, que hasta ahora habían encontrado amparo en la normativa de asociaciones, y esa mención expresa a la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio contenida en el artículo 10.5 del Estatuto sí está incluida en la exposición de motivos de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi.

Del mismo modo, aunque a la inversa, la Ley 3/2005 de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia tampoco incluye referencia alguna al 10.5 del Estatuto, a pesar de contener normas sobre obligaciones en el ejercicio de la patria potestad o la custodia, sobre idoneidad para adopciones, o sobre derechos de relación con la familia extensa y visitas, entre otras cuestiones, que difícilmente pueden desvincularse del campo civil... pero sí se refiere expresamente a dicho artículo 10.5 la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que posteriormente vino a desarrollar alguna de las cuestiones ya apuntadas en la anterior, y ya hemos convenido en incluir en el concepto de "Derecho civil vasco", como actualización de las normas en materia de relaciones paterno-filiales ya contenidas en el Fuero. Es por ello muy probable que, en esa misma línea, la norma que sustituya a esa Ley 3/2005 sí haga por ello, como lo han hecho las leyes posteriores a la LDCV, expresa referencia al título competencial referido a la "*conservación, modificación y desarrollo*" del Derecho civil vasco como base de aquellas normas civiles que en la misma se contengan.

Y eso, junto a otras leyes que, aunque en su exposición de motivos no apelan expresamente el título competencial en materia de derecho civil y especial del País Vasco, en esa misma exposición sí citan indirectamente conexiones con el derecho civil o han sido

expresamente citadas por la jurisprudencia en conexión en el derecho civil vasco, como la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco o la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar. U otras leyes que, por su contenido (o parte de su contenido), podrían llegar a serlo, como la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, o la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.

Por ello, aunque fuera a efectos de precaución, para no dejar ningún posible aspecto del Derecho civil vasco sin evaluar, resulta necesario tener en cuenta al objeto de esta evaluación, otras normas autonómicas relacionadas con las que definimos más estrictamente como Derecho civil vasco.

Pero, además, conforme tanto a las fuentes del Derecho que admite el Derecho civil común como las que, en particular, admite el Derecho civil vasco (siendo la determinación de las fuentes del Derecho propio parte de la competencia autonómica para la conservación modificación y desarrollo de su Derecho civil, foral o especial), no sólo son las normas propias del Derecho escrito las que integran el Derecho civil, foral o especial del País Vasco, sino también las normas derivadas de la costumbre y de los principios generales del Derecho. Siendo evidente que las normas consuetudinarias y las derivadas de la aplicación de los principios generales del Derecho, que tampoco son estáticas, no estando contenidas en Ley malamente podrán atender a ningún preámbulo o exposición de motivos en los que se haga expresa referencia al título competencial ejercido en cada caso.

En el caso de las normas consuetudinarias, por su propia naturaleza preexistente al texto legal, la apelación al título competencial ejercido sólo tendrá sentido una vez dicha norma consuetudinaria haya sido recogida en una ley, promulgada y publicada, como por ejemplo sucedió con la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa. Este sería el caso, también, de la regulación sobre arrendamientos rústicos y servidumbres, o sobre hermandades, mutualidades y cofradías (materias todas ellas tradicionalmente consuetudinarias hasta su recepción en la LDCV). O, viniendo ya al campo de las leyes civiles especiales o sectoriales, el de la Ley de fundaciones o la Ley de cooperativas, arriba referidas, que fueron costumbre y uso jurídico mucho antes de ser Ley[xvii].

No queda, por tanto, sino admitir que tanto la frontera material entre el Derecho puramente autonómico y el estrictamente civil foral o especial es ciertamente difusa si atendemos a un criterio legal, como que el recurrir a un criterio más formalista, como es el adoptado por el Tribunal Supremo al referirse al ejercicio expreso y declarado de la competencia de

"conservación, modificación y desarrollo" del Derecho civil foral o especial, dista igualmente de facilitarnos soluciones estáticas o definitivas.

Por todo ello, tampoco la tradicional distinción doctrinal entre las normas de Derecho civil foral y las normas de Derecho autonómico en sentido estricto, por asentada que dogmáticamente pueda estar, nos puede servir de gran ayuda de cara a discriminar definitivamente entre diferentes textos legales (aunque pueda resultar relevante a la hora de diseccionar la diferente naturaleza de los diversos contenidos de esos mismos textos legales).

Por ello, en esta evaluación se han incluido como parte del Derecho civil vasco, por supuesto, todas las leyes que expresamente declaran la intención de hacer uso del título competencial del 10.5 del Estatuto, así como aquellas leyes que precedieron a las que de forma expresa han hecho uso de dicho título competencial con posterioridad. Pero, también, por las razones arriba expresadas, y en atención a la naturaleza dinámica o variable de esa categorización y de eventuales desarrollos futuros, se ha tratado de tener en cuenta cualquier materia cuya legislación emane del Parlamento Vasco y sea enjuiciada por el orden civil (asociaciones, fundaciones, cooperativas, parejas de hecho, protección de la infancia…). Especialmente, cuando hablamos de leyes que, aunque en su exposición de motivos no apelan expresamente el título competencial en materia de derecho civil y especial del País Vasco, en esa misma exposición sí citan indirectamente conexiones con el derecho civil o han sido citadas por la jurisprudencia en conexión en el derecho civil vasco.

Ello no significa, ni mucho menos, que todo el contenido de las normas a las que haremos referencia quepa ser incluido en el concepto de Derecho civil vasco. Ni significa tampoco que las que vamos a citar sean las únicas leyes que integran esa rama del Derecho. Significa únicamente que, para conseguir un desarrollo más adecuado y mejor fundamentado del mismo *a futuro* (mejor fundamentado tanto desde la perspectiva de un previo conocimiento empírico del modo en que se vienen aplicando, como de poder encontrar un mayor número de puntos de conexión con normas preexistentes en los que basarse), el aferrarse a estrictas categorías doctrinales a la hora de evaluar el impacto de las leyes en una sociedad que reclama cambios constantes, no nos permitiría el adelantarnos con previsión a esos cambios.

Por ello, a la hora de elegir las normas del Derecho vigente que en el presente deben ser objeto de estudio, se ha optado por hacer una conceptuación lo más amplia, útil y generosa posible, en la que quepan todas las anteriores, y a reserva de que la naturaleza civil vasca o meramente autonómica de las mismas pueda, posteriormente, ser revisada en la sede judicial o constitucional correspondiente.

2. EVALUACIÓN GLOBAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO.

Determinadas de esta manera las leyes y normas en cuya situación aplicativa nos hemos fijado (además de aquellas referencias a la costumbre y los principios generales que pudieran concretarse), una primera observación general a destacar en cuanto a la situación y aplicación de las normas de Derecho civil vasco antes y después de 3 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la LDCV) es la notable revitalización que cabe apreciar en relación con esta rama del Derecho, tanto por el incremento en la aplicación de sus normas y las referencias a ellas, como por la ampliación de los campos que se entienden comprendidos en él. Como muestra de ello se puede hacer referencia al notable incremento en el número de resoluciones judiciales que vienen a citar normas de derecho civil o el número de actos registrados en los protocolos notariales que vienen a hacer uso de sus instituciones.

2.1. Aplicación jurisprudencial.

Analizada la jurisprudencia civil vasca dictada entre 7 de noviembre de 1992 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1992) y 2 de octubre de 2015, por un lado, y la recaída entre 3 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2015) y 31 de diciembre de 2018 (fecha de cierre de esta parte del estudio), por otro, se observan los siguientes datos:

Lo que podemos llamar "jurisprudencia civil vasca" pasó de contabilizar unas 31 resoluciones de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en el sentido del artículo 2 de la Ley 3/1992, al que antes nos hemos referido) en el período de 1992 a 2015, a contabilizar unas más de 460 resoluciones en el periodo entre 2015 y 2018 (todas las cuales formarían parte de lo que se ha de considerar jurisprudencia civil vasca en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 5/2015, al que antes hemos aludido). Obviamente, podría atribuirse esta "explosión" jurisprudencial a la ampliación del concepto de jurisprudencia en la nueva ley, ya que esa nueva definición implica pasar de contabilizar sólo las emanadas de la Sala civil y penal del Tribunal Superior de Justicia a contabilizar las emanadas de todos los jueces y tribunales con jurisdicción en Euskadi. Pero es que, incluso descontado ese efecto, el incremento es más que notable.

Frente a las 31 resoluciones de la Sala civil y penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en los 23 años anteriores (1,34 de media anual), si sólo nos fijáramos en las atribuibles a este órgano, nos podríamos encontrar al menos con unas 17 resoluciones solo en los tres años escasos desde la entrada en vigor de la LDCV, 17 de la Sala de lo Civil y Penal (5,67 sentencias de media anual) y 40 del Tribunal Superior del País Vasco en su

conjunto. Es decir, incluso si mantuviéramos la definición de jurisprudencia de 1992 y contabilizáramos sólo las resoluciones de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, de media se han dictado más de cuatro veces más sentencias por año en los últimos tres años que en los 23 anteriores. Así mismo, si de manera inversa para contabilizar las resoluciones recaídas entre 1992 y 2015 utilizáramos el concepto amplio de jurisprudencia que ahora utiliza la LDCV, en la base de datos del CENDOJ no contabilizaríamos más de 450 resoluciones sobre Derecho civil vasco dictadas por jueces y tribunales radicados en Euskadi en todo el periodo (una media de aproximadamente unas 17 al año como máximo, conforme al análisis de las recogidas en el CENDOJ), frente a las ya citadas 461 de los últimos 3 años (una media de 153 al año, aproximadamente). Nueve veces más sentencias por año.

Por ello, a la hora de explicar ese notable incremento parece que podría atribuirse más peso que al cambio de concepto en la jurisprudencia, a la apertura del Derecho civil vasco a otras áreas (derecho de familia, derecho de personas jurídicas), además de las tradicionalmente recogidas en la compilación (derecho de sucesiones, derecho patrimonial). De hecho, si atendemos al número de las resoluciones judiciales producidas en relación con el Derecho civil vasco, es más que notable el desplazamiento de lo que podríamos llamar el "centro de gravedad" del corpus civil vasco hacia estas "nuevos" desarrollos del Derecho civil vasco, en detrimento del Derecho civil vasco más tradicional. Más del 89 % de las resoluciones recaídas en estos últimos 3 años que citan normas que hemos definido como potencialmente integrables en el corpus de lo que podemos llamar Derecho civil vasco se refieren a estas dos materias: derecho de familia (parejas de hecho, infancia, mediación y rupturas de progenitores) y derecho de las personas jurídicas civiles (cooperativas, fundaciones y asociaciones). Entre 1992 y 2015 ese porcentaje no alcanzaba el 44 %.

Si descontamos el importante número de sentencias que citan la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del País Vasco, el grueso de las cuales se deben a la polémica cuestión de las aportaciones financieras subordinadas (que poco pueden aportar, a nuestro modo de ver, al desarrollo del Derecho civil vasco que ahora tratamos), nos queda que al menos la mayor parte de dicho incremento debemos atribuírselo casi en exclusiva a la vitalidad del Derecho de familia y la importante litigiosidad generada en relación con las materias tratadas por la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Esta dinámica en la que las cuestiones patrimoniales de mayor importancia se deslizan hacia el mundo de la empresa, y las cuestiones civiles que mayor litigiosidad generan acaban recayendo en el campo del Derecho de familia no es ajena a las dinámicas socio-

económicas y sociológicas propias de la sociedad actual, sin perjuicio de que puedan existir zonas tangentes en las que ambos mundos se toquen o puedan incluso llegar a solaparse, como podría ser, singularmente, en el caso de las empresas familiares. Lo cual habrá de ser sin duda tenido en cuenta a la hora de priorizar los trabajos de desarrollo que a futuro puedan plantearse en el campo del Derecho civil vasco.

En este sentido, esta evolución en la distribución de asuntos o materias nos parece relevante y elocuente. Aunque tampoco debemos perder de vista que la evolución en la distribución arriba comentada deriva exclusivamente de su manifestación contenciosa o en sede judicial y, por ello, debe ser tomada con reservas, en tanto en cuanto no da cuenta de otras manifestaciones posibles de la vitalidad de este derecho, como la propia de decisiones de órganos no estrictamente jurisdiccionales (como, por ejemplo, las decisiones de la Dirección General de Registros y Notariado (laudos arbitrales o acuerdos alcanzados por medio de mediación, instancias estas a las que, en algunos casos, luego nos referiremos) o la de aquellos actos jurídicos no contenciosos otorgados por las partes, que pueden haber sido otorgados en escritura pública notarial (en cuyo caso podremos intentar contabilizarlos por ese medio, como aquí haremos) o que pueden haber quedado simplemente en el ámbito estrictamente privado, (siendo en tal caso más difícil su contabilización).

Por otro lado, el ejercicio de localizar en la jurisprudencia la cita de las diferentes leyes que hemos definido como integrantes del corpus del Derecho civil vasco ha permitido, también, localizar una serie de sentencias en las que se citan dos o más normas de las que hemos señalado como integrantes de ese corpus. Estas sentencias, en particular, tienen de interés el hecho de que vienen a analizar las interacciones y conexiones entre esas leyes que citan para resolver los casos que se les plantean. Lo cual, dada doctrina constitucional que requiere puntos de conexión con el derecho previamente existente para validar futuros desarrollos, adquiere particular importancia en el campo de Derecho civil vasco[xviii]. Además de que, por supuesto, se producen otras interacciones y puntos de conexión entre materias que, en tanto en cuanto no se produce una doble cita de diversas leyes Derecho civil vasco que las desarrollen, no han sido contabilizadas en este apartado[xix]. Así mismo, en cuanto a las relaciones entre la Ley 7/2015 de ruptura de progenitores y la Ley 3/2005 de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y adolescencia, es también relevante apuntar como foco de estudio el de las interacciones y de los puntos de conexión entre ambas legislaciones incluso en aquellas sentencias que no citen o apliquen ambas conjuntamente. Y ello porque, tenemos la sospecha, esa falta de cita conjunta de ambos textos legislativos se puede deber no a la ausencia de puntos de conexión, sino a que las normas que vienen a citarse a menudo en relación con la protección del menor son leyes estatales y no la ley vasca de referencia (que, como ya

hemos advertido, está actualmente en proceso de revisión, prevista en el calendario legislativo, para, precisamente, adaptarse a los importantes cambios introducidos en la materia por aquellas leyes estatales)[xx].

Todo lo cual, a nuestro entender, abunda en relación con la necesidad de reforzar y explicitar los puntos de conexión entre las distintas leyes y materias que integran el Derecho civil vasco, así como de explicitar también el uso de la competencia en materia de Derecho civil vasco en aquellas leyes que incorporen normas de contenido civil. Siendo como es, dicha conexión, una premisa necesaria para legitimar el desarrollo del Derecho civil desde una perspectiva constitucional.

Esta forma de actuar, en las leyes que vayan a aprobarse en el futuro, facilitaría mayor claridad y transparencia al desarrollo del Derecho civil vasco, que con el tiempo iría adquiriendo mayor densidad y consistencia, en la medida en que se identifique y explicite una red más tupida de conexiones entre las diferentes normas que lo integran.

2.2. Aplicación en sede de la Dirección General del Registros y Notariado.

En relación con lo anterior, se ha realizado también un análisis de las decisiones de la Dirección General del Registros y Notariado o DGRN (a partir del 28 de enero de 2020, este órgano directivo ha sido redenominado Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[xxi], no obstante lo cual, por referirse la evaluación al periodo anterior, este documento seguirá utilizando la denominación anterior para referirse a la doctrina generada entre 2015 y 2018).

Así, atendiendo al número de resoluciones que han sido dictadas por la DGRN en el periodo comprendido entre 2015 y 2018, resulta reseñable, como sucede en sede judicial, la notable revitalización que se ha producido en la aplicación del Derecho civil vasco. Ello se observa claramente atendiendo al número de resoluciones dictadas entre el periodo comprendido entre 1992 y 2015 (un total de tres resoluciones en 23 años), mientras que en el periodo que se inicia a partir de la entrada en vigor de la nueva LDCV hasta diciembre de 2018, en tan sólo 3 años, se contabilizan hasta un total de 7 resoluciones emitidas por el mismo órgano.

Respecto al contenido de las resoluciones dictadas por la DGRN, se advierte una extensión en cuanto a las materias o áreas objeto de estudio, así como un análisis particularizado de cuestiones referidas a los conflictos de derecho que surgen como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva LDCV. Así, es de destacar que, por ejemplo, en el último

periodo analizado han merecido la atención del citado centro directivo alguna cuestión que trascienden la sola materia sucesoria, como habían sido las tratadas de forma exclusiva en el periodo previo. Así, por ejemplo, merece la pena destacar la Resolución de la DGRN de 6 de octubre de 2016 se constata que no se ha producido por parte de la Comunidad Autónoma un desarrollo de la competencia a que se refiere el artículo 14.1.e) del EAPV, que dispone que, la competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende a los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad. En atención a ello, ante la interposición del recurso ante la Dirección General, conforme a la regulación estatal contenida en la Ley Hipotecaria, esta es la que procede a resolverlo sin remitirlo a órgano jurisdiccional alguno de la Comunidad Autónoma, por no existir previsión legal sobre ello.

3. EVALUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO POR MATERIAS

3.1. Derecho civil general

3.1.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

La LDCV entró en vigor el 3 de octubre de 2015, a los tres meses de su publicación en el BOPV de 3.07.2015 tal y como establece su Disposición Final.

En esta ley se contienen, principalmente en su título preliminar los preceptos generales o básicos del Derecho civil vasco, como las cuestiones relativas al sistema de fuentes, el ámbito de aplicación o las normas de conflicto.

De entrada, es de destacar que frente a esta Ley no se plantearon recursos por parte del Gobierno del Estado, más allá de las discrepancias manifestadas sobre el artículo 117 LDCV en relación con la declaración de herederos *ab intestato* en la que, en defecto de las personas llamadas legalmente a la sucesión, dice que "*sucederá en todos los bienes la Administración General de la CAPV, quien asignará una tercera parte a sí misma, otra tercera parte a la diputación foral correspondiente a la última residencia del difunto y otra tercera parte al municipio donde éste haya tenido su última residencia*". Estas discrepancias quedaron solventadas por acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicado por Resolución de 16 de diciembre de 2015, del Viceconsejero de Régimen Jurídico (BOPV de 26 de enero de 2016).

Tampoco se ha planteado ninguna cuestión de inconstitucionalidad por ningún órgano judicial contra ninguno de los preceptos de la LDCV.

Dicho lo anterior, resulta de interés el analizar algunos de sus principales contenidos en este campo.

3.1.1.1 Vecindad civil vasca y vecindad civil local

El reconocimiento de la existencia de la vecindad civil vasca que realiza la LDCV es una de las decisiones más importantes y trascendentes que ha adoptado el legislador vasco al aprobar la LDCV.

La vecindad civil vasca tiene, como punto de conexión, una aplicación práctica y una eficacia social manifiesta, entre otros, en los ámbitos siguientes:

1.Equiparación territorial y personal. Todo el articulado y las previsiones contenidas en la LDCV se aplicarán en todo el ámbito territorial de la CAPV a quienes tengan vecindad civil vasca, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare la vigencia en una parte concreta del territorio con sus instituciones civiles exclusivas. Así queda establecido en el artículo 8 LDCV junto con una vecindad civil vasca común e integradora recogida en el artículo 10 LDCV.

2.Constancia de la vecindad civil en escrituras públicas: Todas las escrituras públicas otorgadas ante Notario deberán dejar constancia de la vecindad civil vasca y la vecindad civil local junto con los demás datos personales de cada otorgante, dando cumplimiento al mandato legal recogido en el artículo 11 LDCV. El referido artículo incorpora una presunción legal para resolver los casos dudosos, remitiéndose a la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento. Se trata de una solución análoga a la recogida en el artículo 14.6 CC.

3. Adquisición y anotación de la vecindad civil vasca y de la vecindad civil local en el Registro Civil. El artículo 14 del CC, al que se remite la LDCV a los efectos de regular la adquisición, conservación o pérdida de la vecindad civil vasca, señala en su apartado 5 que la vecindad civil vasca se adquiere: 1º *"por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad"* ante el encargado del Registro Civil y 2º *"por residencia continuada durante diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo"*.

4. Inscripción de las parejas de hecho. A través de su Disposición Adicional Segunda, la LDCV modifica el artículo 2 LPH introduciendo el requisito de la vecindad civil vasca de uno de los integrantes como punto de conexión y requisito para poder registrarse como pareja de hecho en el Registro de Parejas del Gobierno Vasco.

5. Punto de conexión de otras leyes civiles. Además, a partir de su creación y atribución por la LDCV, la vecindad civil vasca se constituye en el punto de conexión y de determinación del ámbito personal de aplicación del Derecho civil vasco, también para el resto de Leyes que integran el Derecho civil vasco y que así lo dispongan expresamente; así, por ejemplo, con la Ley 7/2015, que se remite a la vecindad civil del progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas para determinar su ámbito de aplicación (artículo 2).

Nos encontramos con una situación nueva que no era contemplada en la norma anterior. En la ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco las únicas referencias a la vecindad se hacían en relación a cada una de las regulaciones territoriales en las que estaba articulado el texto legal. Así lo encontrábamos en el artículo 12, a los efectos de la aplicación del Fuero Civil de Bizkaia, con referencia a la vecindad civil vizcaína aforada y no aforada; en el artículo 133, la vecindad civil de Ayala; en el artículo 146, la vecindad civil correspondiente a los municipios alaveses de Aramaio y Llodio, determinante para la aplicación del Fuero de Bizkaia; y el artículo 149, con la vecindad civil guipuzcoana. Referencias, todas ellas, de gran importancia para determinar la aplicación de las disposiciones legales correspondientes a cada régimen jurídico según la vecindad civil local de cada persona y, así, acceder a instituciones e instrumentos jurídicos concretos. Pero con la ausencia de regulación de una vecindad civil común a todos los Territorios Históricos de la CAPV.

La doctrina científica la ha considerado como la piedra angular de la nueva ley ya que, con la positivización de esta existencia, permite que se haga realidad la aplicación de todas las instituciones civiles propias de nuestro Derecho civil vasco en los tres Territorios Históricos, y lo hace respetando, al mismo tiempo, las particularidades o especificidades de cada uno de ellos según la vecindad civil local en cada caso.

Esto es, la LDCV pone a disposición de toda la ciudadanía de los tres Territorios Históricos de la CAPV un conjunto de normas de derecho civil común que hasta ese momento eran diferentes en cada uno de ellos, a pesar de tratar básicamente las mismas o similares instituciones. Así mismo, y por ese mismo motivo, abre el camino a un desarrollo en conjunto del Derecho civil vasco, al permitir el dictado de normas que se añadan a ese núcleo común, sin que sea necesario legislar para cada Territorio Histórico en particular, por referencia a su derecho foral particular, como antes podía ser el caso.

Para hacerlo, el Parlamento vasco se sirvió de la base que le otorga el inciso final del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía que permite la "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"*. En tal sentido, la unificación de ciertas instituciones comunes a los derechos civiles forales de los Territorios Históricos en un Derecho civil común cristaliza en una ampliación del ámbito territorial de aplicación de las normas que los conforman para abarcar al conjunto de la Comunidad autónoma como Derecho común a toda ella, sin problema alguno. Pero, a su vez, para hacerlo, necesita unificar el punto de conexión personal. La propia exposición de motivos de la LDCV destaca que "*es preciso mantener una vecindad común para todos los vecinos de la Comunidad Autónoma Vasca que es compatible con la vecindad civil local diferente que pueden ostentar para algunas instituciones los vecinos de Ayala, los vizcaínos o los guipuzcoanos (…). Las diferencias no impiden regular la existencia de una vecindad civil común, la vecindad civil vasca, un concepto no regulado en la ley anterior y, sin el cual, es difícil atender a la resolución del conflicto de leyes".*

Y en tal sentido, procede a la creación de una Vecindad Civil Vasca que, además, se reconoce y otorga a todas las personas que en el momento de su entrada en vigor gozaban de vecindad civil en cualquiera de los tres territorios (Disposición Transitoria Séptima LDCV).

La regulación autonómica no puede alterar las normas que se contienen en el Código Civil y que, con carácter general, disciplinan la vecindad civil como norma para resolver los conflictos de leyes, en tanto que ámbito exclusivamente reservado al Estado por el artículo 149.1.8. Por ello, el artículo 10.2 LDCV señala que "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."

No es fácil recopilar la información relativa a de las manifestaciones de voluntad de adquirir la vecindad (o contrarias a adquirirla) a las que se refieren los artículos 14 y 15 del Código Civil, toda vez que los datos obran únicamente en manos de cada registro concreto y los expedientes deberían revisarse uno a uno, dado que no todos los datos figuran registrados informáticamente, aun cuando el expediente si lo esté. Los datos son accesibles, pero haría falta una investigación específica de los mismos, registro por registro, para poderlos obtener.

Sí hemos recibido algunas contestaciones de vocales de la Comisión que, desde su siempre limitada posición en un cargo o trabajo concreto (y aunque sea a título particular), han podido advertir incrementos en el número de solicitudes de información sobre los

procedimientos para conservar la vecindad civil vasca o para adquirirla en los casos de cambio de residencia, o de personas que han expresado su deseo de querer adquirir la vecindad vasca antes de que transcurran los 10 años del art. 14.5.2 CC. Lo cual, si bien por sí solo no deja de tener un valor simplemente anecdótico o de caso, sin que pueda ser generalizado sin más, podría apuntar a un buen recibimiento de este nuevo concepto de la vecindad civil por la población afectada.

Esta impresión podría haberse visto confirmada, quizá, por datos más concretos en relación con el número (y sentido) de las manifestaciones de voluntad en relación a la vecindad civil registradas en los Registros civiles de Euskadi. Sin embargo no hemos podido corroborar con datos concretos la mayor o menor aceptación de la unificación de la vecindad civil para la CAPV, ya que por falta de medios (alegada por aquellos registros civiles que han contestado a nuestra consulta) no es fácil recopilar la información relativa a las manifestaciones de voluntad de adquirir la vecindad (o de mantener la de origen) a las que se refieren los artículos 14 y 15 del Código Civil, toda vez que los datos obran únicamente en manos de cada registro concreto y los expedientes deberían revisarse uno a uno, dado que no todos los datos figuran registrados informáticamente, aun cuando el expediente sí lo esté.

Sería interesante conocer cómo se reflejan estas situaciones en el Registro Civil desde la fecha de entrada en vigor de la LDCV, en 3 de octubre de 2015 (de conformidad con lo que establece el artículo 14.5 CC al referirse a esta modalidad de adquisición de la vecindad civil. *"Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas): estadísticas, expedientes, anotaciones, nota marginal…* e incluso si se ha realizado alguna anotación o referencia a la residencia habitual, como consecuencia de la aplicación de la normativa europea referida en el Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de sucesiones *mortis causa*, en vigor desde el 17 de agosto de 2015. Los datos son accesibles, pero haría falta una investigación específica de los mismos, registro por registro, para poderlos obtener.

Por otro lado, la Disposición Transitoria 7ª LDCV es la que ha atribuído *ope legis* la vecindad civil vasca a quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la CAPV desde su entrada en vigor. Su interpretación planteó en los primeros meses de vigencia de la ley alguna disparidad de criterios por parte de los Registros Civiles de la CAPV.

Así, algunos registros civiles (se cita en concreto el Registro Civil de Donostia-San Sebastián) interpretaron dicha disposición en el sentido de considerar que todas las personas con nacionalidad española que estuvieran empadronadas en la CAPV a fecha de entrada en vigor de la LDCV adquirían automáticamente y por disposición de la citada ley (y, en concreto, en aplicación de la disposición transitoria séptima de la misma), la

vecindad civil vasca; y sin que resultaran aplicables las reglas para la adquisición de la vecindad civil previstas en el artículo 14.5 del Código Civil. Por el contrario, la interpretación mayoritaria seguida por otros registros civiles (opinión a la que se suma la Dirección de Política Familiar y Diversidad) consideró que no se debía asimilar el hecho de tener la residencia en la CAPV (acreditada mediante el empadronamiento) con el hecho de ostentar la vecindad civil en cualquiera de los Territorios Históricos, siendo ésta última la interpretación que parece haber resultado consolidada.

Esta polémica, a nuestro entender, no radica tanto en un problema de interpretación como de aplicación, por las dificultades que a menudo acarrea la determinación y acreditación de la vecindad civil preexistente, pudiendo ser quizá un foco de mejora a explorar el que dicha condición (la vecindad civil) pueda ser registrada de alguna manera más efectiva[xxii], lo que por otro lado podría mejorar el acceso a dicha información, solventando los problemas advertidos por los registros civiles que han contestado a nuestra solicitud. El problema, en ese sentido, radica en la falta de competencia de las Comunidades Autónomas para legislar unilateralmente en materia de registros civiles (por ser esta una de las materias expresamente reservadas al Estado por el artículo 149.1.8ª de la Constitución), sin perjuicio de la posibilidad de que el Parlamento Vasco remita al Congreso una proposición de ley sobre este particular.

En relación con lo anterior, cabe citar también algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado[xxiii] que abordan cuestiones de derecho intertemporal, así como las cuestiones de derecho interregional que se plantean por el cambio de vecindad civil operado por dicha disposición transitoria séptima de la LDCV (por ejemplo, un testador que en el momento de su otorgamiento tenía una vecindad civil pero que en el momento de su fallecimiento, en virtud de dicha modificación, tiene otra). Cuestiones estas las cuales han sido resueltas sin problemas por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la LDCV y la remisión que la misma efectúa a las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil y el reenvío al Código Civil como derecho supletorio[xxiv].

También se han planteado dudas en cuanto a la aplicación del Derecho civil vasco a ciudadanos residentes en la CAPV de nacionalidad extranjera, en la medida en que la vecindad civil, como punto de conexión, va vinculada a la nacionalidad. De forma tal que, por definición, los extranjeros carecen de vecindad civil.

Como apunta en su aportación la Dirección de política familiar y diversidad, la afirmación de que los extranjeros carecen de vecindad civil tiene su fundamento en el artículo 15.1 del Código Civil, a la vista del cual «El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las

vecindades siguientes: a) La correspondiente al lugar de residencia. b) La del lugar del nacimiento. c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes. d) La del cónyuge». Siendo esto así, de la arriba citada disposición se desprende, con total claridad, la obligación de toda persona que adquiera la nacionalidad española de optar, en el momento de adquirir la nacionalidad española, por una vecindad civil. Y, al mismo tiempo, de ello se infiere que, si se exige a la persona extranjera, al adquirir la nacionalidad española, que opte por alguna vecindad civil, es porque sin la condición de español no la pudo haber tenido previamente; esto es, no hay vecindad civil sin nacionalidad española.

Si bien puede entenderse que, en estos casos, en la medida en que las normas de conflicto previstas en el Código Civil remitan a la Ley española la determinación, dentro de esta, del régimen jurídico civil aplicable de entre los que existen en el territorio nacional habrá de hacerse conforme a las propias normas de conflicto dispuestas en el Código Civil (incluidas, en este caso, las de los artículos 13 y siguientes) esta cuestión podría requerir alguna aclaración.

Se ha advertido también en las aportaciones recibidas desde los vocales de la Comisión que junto a la vecindad civil debe tenerse en cuenta la incidencia de varios reglamentos europeos para determinar la Ley aplicable. Así, por ejemplo, el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. O, en materia de régimen económico matrimonial (i.e. régimen de comunicación foral) o de parejas de hecho, el Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOCE L183 de 8 de julio de 2016), y el Reglamento 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOCE L183 de 8 de julio de 2016).

Resulta importante remarcar que ningún Tribunal ha planteado durante el período que nos ocupa en este informe de evaluación una cuestión de inconstitucionalidad al respecto. No obstante, la Audiencia Provincial de Álava, en sentencia de 20 de julio de 2018 (Roj. SAP VI 583/2018) sí ha conocido de un recurso de apelación en el que la parte recurrente formulaba dudas doctrinales sobre la constitucionalidad de la Disposición Transitoria Séptima que desestimó arguyendo *"(…) no consta que esa cuestión fuera objeto del correspondiente recurso de inconstitucionalidad, por lo que desde su vigencia la norma*

adquiere plena eficacia. La publicación de la ley 5/2015, de Derecho civil vasco, sólo propició un recurso de inconstitucionalidad en relación con el art. 117, donde se regula la sucesión de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que quedó solventada por el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicado en el BOE de 25 de enero de 2016. Por todo ello no constando la interposición del correspondiente recurso o cuestión de inconstitucionalidad, conforme los arts. 33 o 35 LOTC, el motivo del recurso carece de relevancia en orden a la eficacia de la referida ley con lo resuelto en el proceso."

A los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Álava cabría añadir que el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de mayo de 1993, emitido en el expediente 1537/1992, referido a la adecuación al orden de competencias de la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco ya reconoció que el Parlamento Vasco tiene plenas competencias para dictar normas de conflicto y regular la vecindad civil en los que atañe a los conflictos inter-locales que se suscitan entre los distintos ordenamientos civiles que conviven en territorio vasco.

En definitiva, la regulación de la vecindad civil vasca está siendo aplicada desde su vigencia y sometiendo a las disposiciones del Derecho civil vasco a todas las personas titulares de la misma, tal y como establece el artículo 10.1 LDCV.

3.1.1.2 La costumbre.

Otro ejemplo de cuestiones de Derecho civil general que han despertado alguna polémica en sede judicial, en la determinación de la norma aplicable, es la de la costumbre como fuente del Derecho, particularmente en relación al Derecho consuetudinario guipuzcoano. Cuestión esta que, por otro lado, es redundante con lo sucedido en épocas anteriores.

Es notable que, en el ámbito de la jurisprudencia sobre la aplicación de la costumbre, la mayor parte de las resoluciones se producen en Gipuzkoa, incluso con posterioridad a la positivización de gran parte de las normas consuetudinarias de aquel territorio llevada a cabo en 1999[xxv].

Desde este punto de vista, es significativo que, conforme a la jurisprudencia, la positivización de algunas de dichas costumbres no supuso en su día una derogación cuando dicha costumbre fue silenciada en el texto legislativo, como ya sucedió anteriormente con

el Código Civil o con la Compilación, por lo que tampoco el silenciamiento en posteriores textos legales de costumbres que han sido ya positivizadas debería entenderse como una derogación, porque no se deroga la costumbre.

Este fenómeno hoy puede plantearse de nuevo, en el caso de aquellas normas positivizadas en 1999 que no hayan encontrado completo reflejo en la LDCV, a pesar de que la disposición derogatoria de la LDCV es clara al dejar sin valor las leyes anteriores[xxvi]. Téngase en cuenta que, bajo la LDCV, la costumbre no sólo no es derogada y sigue siendo fuente del Derecho (artículo 1.1 LDCV), sino que en un sentido similar a lo que ya decía el artículo 147.1 de la Ley 3/1992[xxvii], conforme al artículo 96 de esta misma Ley: "La ordenación sucesoria del caserío en el territorio histórico de Gipuzkoa se regirá por las normas de esta ley, *acomodándose a las formas, instituciones y principios tradicionales de dicho territorio histórico*" .

Por ello, resulta particularmente relevante clarificar la vigencia o no de las costumbres guipuzcoanas positivizadas en Ley mediante la Ley de 1999 y que puedan no haber sido recogidas con suficiente claridad en la Ley 5/2015, a fin de garantizar una correcta y completa sustitución normativa

No siendo fácil realizar la comparación con aquellas costumbres que no hubieran sido positivizadas en 1999, en cuanto a las recogidas en la Ley 3/1992 sí al menos podemos garantizar que la mayor parte de las contenidas en los artículos preexistentes de aquella, y que fueron introducidos para Gipuzkoa por el texto de 1999, han sido absorbidas por el Derecho civil vasco de aplicación general (véase, al respecto, el apartado dedicado al Derecho de sucesiones). Lo cual debería ayudar a suavizar ese posible problema.

Así mismo, en relación con lo anterior, es igualmente llamativa la limitada atención legal que ha recibido, en el texto de la Ley 5/2015, la cuestión de la costumbre como fuente de Derecho (lo que, parcialmente, puede extenderse a la regulación de los principios generales o inspiradores del Derecho civil vasco en tanto que fuente del Derecho) cuando nos hallamos ante un Derecho que, como a menudo sucede en relación con los derechos civiles forales y especiales, tanto se ha sostenido sobre una base consuetudinaria, y no sólo en el territorio de Gipuzkoa.

Esta falta de desarrollo de la regulación de las fuentes responde, casi con total seguridad, a que los textos sobre la materia simplemente han sido arrastrados a la LDCV desde la Ley 3/1992, porque puede trazarse claramente cada artículo y se puede observar la continuidad o inercia en relación la regulación anterior.

En concreto, como se ha advertido en las aportaciones recibidas de los y las vocales de la Comisión, en el siglo XXI los actos jurídicos que conforman la costumbre son en casi su totalidad pactados por escrito. Esos escritos suelen ser en general documentos públicos que se archivan en los protocolos notariales, y de los que se podría intentar buscar que quedara alguna constancia u objetivación más notoria. Además, hay acuerdos privados cuyo estudio sistemático será más difícil, pero de los cuales podrían dar razón las estadísticas judiciales al menos respecto de aquellos usos más conflictivos.

Desde ese punto de vista, se podría plantear la necesidad de reforzar la costumbre como fuente del Derecho y clarificar su ámbito de actuación.

Un ejemplo de esta falta de desarrollo expreso en la LDCV lo podemos encontrar en la falta de una regulación expresa sobre la prelación de fuentes o sobre la admisibilidad o no de la costumbre *contra legem* como fuente del Derecho, cuestión que durante un tiempo se planteó en relación con la polémica relativa al plazo de ejercicio del poder testatorio en Bizkaia[xxviii]. Y aunque la polémica sustantiva sobre el ejercicio del plazo de los poderes quedó zanjada tanto por la jurisprudencia[xxix] como por la Ley[xxx], ello no se tradujo en una aclaración también en la Ley del debate subyacente sobre las fuentes (cuestión que sí tiene expresamente resuelta, por ejemplo, el Derecho civil navarro[xxxi]), aunque puede entenderse indirectamente solventada por el recurso al derecho supletorio[xxxii].

No obstante, quizás hubiera sido interesante plantearse una solución más explícita o menos asequible a interpretación[xxxiii], particularmente en relación con la presunción que se ha introducido en relación con el carácter dispositivo de la Ley escrita[xxxiv] y el alcance que deba darse a la misma respecto a la posibilidad de que se genere una costumbre o uso jurídico determinado[xxxv].

Lo que (junto con la adecuación de aquellas referencias que, como ya hemos advertido anteriormente, podría equivocadamente llevar a pensar en la LDCV como un texto que abarcara todo el derecho civil vasco, como única fuente legal del Derecho civil), nos llevaría a plantear una serie de ajustes en la vigente regulación de las fuentes, para desarrollarla.

En resumen, quizás merecería cierta reconsideración la posibilidad de incluir en la ley un desarrollo más acabado de la regulación del sistema de fuentes, tanto en relación con la costumbre, como en relación con el Derecho escrito.

3.2. Derecho sucesorio

Las cuestiones sucesorias han constituido tradicionalmente, hasta ahora, el núcleo o bloque central del contenido escrito del Derecho civil vasco, lo cual tiene su reflejo en el contenido de la LDCV. Transcurridos los tres primeros años desde la entrada en vigor de la LDCV, cabe preguntarse por las líneas generales de este Derecho civil vasco en materia de sucesiones en el cambiante panorama del Derecho civil tanto común como europeo durante estos años. Es por ello menester, de cara a esta evaluación y para poder valorar adecuadamente el impacto de la norma, partir de una mínima descripción cuantitativa del fenómeno sucesorio para poder estimar su relevancia.

Entre 2012 y 2018, en Euskadi se produjeron, de media, unas 20.891 defunciones anuales según datos de EUSTAT. Así mismo, en Euskadi se produjeron en ese mismo periodo, de media anual, 2.970 actos de donación en escritura pública, según datos de la estadística notarial. En esos mismos años, la recaudación en Euskadi, por impuesto de sucesiones y donaciones, fue de 108.314.000 euros anuales de media. Partiendo de esos datos, y teniendo en cuenta el tipo medio del impuesto y la reducción de la base imponible[xxxvi] podemos calcular que, como aproximación, la masa media anual transmitida en concepto de este tipo actos de transmisión a título lucrativo (gratuito) en Euskadi.

Es sobre ese contexto fáctico sobre el que debe actuar la LDCV y a la luz del cual se debe examinar la evolución del fenómeno sucesorio en la Comunidad Autónoma.

3.2.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

3.2.1.1. Principios básicos y características diferenciales del Derecho sucesorio vasco.

Centrados, por tanto, los esfuerzos expositivos en lo que es el régimen general de la regulación del fenómeno sucesorio dentro del Derecho civil vasco, la primera descripción dentro de la LDCV comprende la regulación general del fenómeno sucesorio en los artículos 17 a 60 (sucesión en general, sucesión testada y limitaciones a la libertad de testar), 100 a 109 (pactos sucesorios), 100 a 117 (sucesión legal o intestada) y 118 a 124 (disposiciones comunes a las distintas formas de suceder).

Es necesario, en todo caso, no obviar la trascendencia que a la hora de configurar el marco sucesorio vasco tienen también, dentro de este ordenamiento jurídico civil vasco al que se refiere la LDCV, sus propias fuentes (artículos 1 a 4 LDCV) y sus principios inspiradores (artículos 5 a 7 LDCV). Desde esta perspectiva, el sistema jurídico en materia sucesoria se integra tanto por unos principios de Derecho sucesorio, como por las instituciones cauce de la sucesión, las instituciones límite de la libre disposición del causante y los títulos sucesorios.

El análisis, por tanto, debe adoptar una perspectiva dinámica del fenómeno sucesorio, que recorra todo el *tempus* que va desde la designación de sucesor, hasta la partición hereditaria y conclusión del *iter* sucesorio. Esta aproximación clásica al fenómeno sucesorio puede servir como metodología apta para su aplicación al ámbito del Derecho sucesorio vasco, que se configura *ex novo* dentro de la LDCV, ya que, como manifiesta el propio legislador vasco, se trata de una regulación que, entroncando con mecanismos sucesorios comunes en muchos casos en su aplicación, suponen un estatuto novedoso para la ciudadanía vasca, sujeta hasta ahora a diferentes regulaciones civiles sucesorias.

Entre esos principios sucesorios de carácter general, que se predican de un determinado ordenamiento jurídico, podemos citar:

- El axioma de que *la voluntad del causante es la ley de la sucesión,* principio que aparece en el caso del Derecho civil vasco, en el articulo 18 LDCV.

- El principio que se traduce en *la necesidad del heredero o liquidador* en toda la sucesión[xxxvii].

- La *universalidad del heredero, o de los herederos concurrentes,* sean estos llamados testamentariamente, por pacto sucesorio o por las reglas de la sucesión intestada, incluso concurriendo unos y otros[xxxviii].

- La *perpetuidad del heredero,* manifestada por el brocardo *semel eres, semper eres,* reconocido en el artículo 19.4 LDCV (y objeto hoy de un posible pacto de renuncia a la herencia o a parte de ella en vida del causante de la misma, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100.2 LDCV).

Una segunda caracterización, ya más específica, de los principios del Derecho sucesorio vasco, nos ayuda a concretar los trazos o características diferenciales de este, por medio de los siguientes:

- El *principio de libertad civil* reconocido expresamente en el artículo 4 LDCV y que constituye el eje fundamental de la regulación civil vasca también en materia de sucesiones.

Entre las manifestaciones de esa libertad civil está la libertad sucesoria, que tiene su encaje como elemento fundamental a la hora de mantener la unidad de la explotación familiar o profesional, a la que luego se hará referencia. Además, supone la consolidación de un ámbito específico de actuación por parte del causante en instituciones tales como el testamento por comisario, con sus manifestaciones en los artículos 33, 35, 41, 43, 45 y 46 LDCV, la libertad de elección de heredero, la legítima y el apartamiento en los artículos 48 y 57 LDCV, dentro del pacto sucesorio en el artículo 100 LDCV, así como en las disposiciones comunes a las distintas formas de suceder, en el artículo 122 LDCV.

- El *principio formalista* en la expresión de la voluntad sucesoria*.*

Es decir, la exigencia de la forma pública como requisito de validez del acto contenido en la misma (v. gr. artículo 24 LDCV testamento mancomunado, articulo 31 LDCV sucesión por comisario, articulo 100 pactos sucesorios).

A este principio se vincularía el mantenimiento, con carácter casi general, de *la intervención notarial,* como otra de las características que puede señalarse dentro de la LDCV, quizás no tanto como principio fundamental, sino como requisito de carácter formal que aparece una y otra vez a la hora de configurar los títulos sucesorios y las capitulaciones matrimoniales, así como los actos de disposición contenidos en múltiples disposiciones de la LDCV. Señaladamente, esta intervención es relevante para la sucesión por testamento de hermandad o por comisario.

- El *principio de legítima colectiva* y de libre *elección de heredero.*

Principio que se manifiesta, básicamente, en la libertad de elección este a través del apartamiento de los demás legitimarios no llamados a la sucesión, *ex* artículo 48 LDCV. Esta elección, además, pude hacerse con apartamiento tácito o expreso y con equiparación de la preterición, sea o no intencional, al apartamiento.

- El *principio de la intangibilidad cuantitativa* y *cualitativa de la legítima,* recogido en el artículo 51 LDCV.

El decir, como límite o freno a las disposiciones del causante que puedan perjudicar a todos los legitimarios.

- El *principio de la libre disposición* por parte del causante.

Corolario del principio de libertad civil, antes enunciado, y que lleva consigo la reducción de la legítima colectiva a la cuantía de un tercio y su consideración como una cuota de la herencia que se calcula por su valor económico, esto es, por su configuración como una *pars valoris,* con el fin de facilitar la transmisión sucesoria.

- El *principio del mantenimiento de la unidad de la explotación familiar o profesional.*

Principio que, junto a la libertad de civil, se ha considerado la base o principio rector de todo el Derecho civil vasco, y toma cuerpo a través, precisamente, de la libertad civil del causante para poder ordenar la sucesión con el fin de mantener la unidad de la explotación y su transmisión generacional, de forma que dicho patrimonio familiar o profesional pueda ser útil a las necesidades a las que sirva, tal y como resulta del artículo 20 LDCV. Este principio tiene íntima conexión con el principio de troncalidad, aunque este último sea de aplicación territorial limitada.

- El *principio de la responsabilidad hereditaria limitada,* recogido en el artículo 21.2 LDCV en el que la responsabilidad del heredero es *intra vires*[xxxix] y *pro viribus*[xl].

Es decir, el heredero o legatario responde hasta el límite del valor de los bienes heredados en el momento de la delación, y no necesariamente con esos bienes, pero sí por su valor. Principio que en el Derecho civil vasco se manifiesta junto con el beneficio de separación de acreedores hereditarios y de los legatarios sobre los bienes de la herencia, en el plazo de seis meses, a contar desde la fecha del fallecimiento del causante.

- Los *principios de mancomunidad* y *de la delegabilidad.*

Ambos entendidos, no como omnipresentes en toda sucesión, sino como posibilidad siempre abierta al causante, y recogidos expresamente, el primero, para el testamento mancomunado (como forma de disposición sucesoria de todos o parte de sus bienes realizable por dos personas en un solo instrumento para después de su muerte), en el artículo 24 LDCV; y el segundo, por medio de la sucesión por comisario, en el artículo 30 LDCV (cuando el testador encomienda a uno o varios comisarios el ejercicio de las facultades que le corresponden en orden a la transmisión sucesoria de los bienes).

- El *principio de la legítima viudal o del miembro superviviente de la pareja de hecho*

Reconocido expresamente en los artículos 52, 53 y 54 LDCV, supone configurar todo un estatus para el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, cuya protección con carácter expreso es uno de los objetivos fundamentales de la LDCV, como expresión de su adaptación a las exigencias y formas de convivencia de la sociedad actual.

Este principio aparece complementado con la creación *ex novo* de un derecho de habitación a favor del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho en el artículo 54 LDCV.

- El *principio electivo en las reservas y reversiones,* recogido en el articulo122 LDCV.

Se refiere a la posibilidad del reservista de designar sucesor entre los reservatarios en los términos establecidos para la sucesión testada o pacto sucesorio, sin posibilidad de imponer sustituciones o gravámenes si no es a favor de ellos. Del mismo modo, se refiere también a la posibilidad de eludir la aplicación de la reversión de los bienes donados *ex* artículo 123 LDCV.

A los anteriores, la LDCV ha añadido toda una serie de nuevos principios, que hoy son de una exigibilidad social importante, tales como:

- La *igualdad de sexos*, como principio ineludible de la sociedad actual.

- La *equiparación a efectos sucesorios del matrimonio y las parejas de hecho,* si bien limitada por la disposición adicional segunda LDCV a aquellas parejas de hecho que se hallen inscritas en el Registro establecido en el artículo 4 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

- El ánimo de avanzar en e*l tránsito de un modelo basado en la transmisión del caserío a otro basado en la transmisión de la pequeña y mediana empresa.* Este principio respondería a la evolución socioeconómica del País Vasco, cuyo tejido económico se basa hoy en día, principalmente, en una fuerte estructura económica de pequeña y mediana empresa familiar. Para ello, de momento, la LDCV se ha valido de los mecanismos relativos a la libertad de testar y a los pactos sucesorios, que aparecen desligados de su causa matrimonial, posibilitando acercarlos más a los modernos protocolos familiares, tal y como resulta de su regulación en la propia LDCV.

3.2.1.2. Títulos sucesorios en general

Tres son los títulos sucesorios que con carácter expreso reconoce la LDCV en su artículo 18 y que, desde el punto de vista de su configuración dentro del fenómeno sucesorio, suponen entre sí una gradación que va desde la manifestación de la voluntad del causante a través del testamento o pacto sucesorio, a la regulación que establece la ley con carácter subsidiario a través de los llamamientos que la misma establece para la sucesión abintestato.

La simultaneidad en el tiempo de la entrada en vigor de la LDCV y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) ha traído como consecuencia la modificación de la legislación notarial y dentro de la misma, particularmente, de la regulación relativa a los expedientes y actas especiales, que hoy regulan los artículos 55 y 56 LDCV en lo que se refiere a la declaración de herederos abintestato, ya de competencia notarial. Con lo cual, siempre que haya tenido lugar la apertura de la sucesión abintestato a falta de testamento o pacto sucesorio, tal y como recalca el artículo 110 LDCV, el orden previsto en la LDCV para la sucesión abintestato o legal queda configurado, hoy en día, a través del llamamiento a los hijos o descendientes, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, los parientes colaterales y el Gobierno Vasco.

Una comparación entre el diferente uso de los títulos sucesorios durante estos últimos años (necesariamente incompleta al no disponer de datos totales sobre el uso de pactos sucesorios), confirma que, hoy por hoy, la sucesión en el País Vasco es una sucesión básicamente testada (concentrando en torno a un 85 % de las sucesiones), con un carácter subsidiario de la sucesión intestada (a la que responderían en torno a un 13 % de las sucesiones) y una todavía escasa pero creciente incidencia de los pactos sucesorios (que pasarían de representar un 0,36% de las sucesiones en 2015, a ser 1,11% en 2016 y un 1,88% en 2017, a falta de datos sobre 2018).

La conflictividad jurisdiccional en materia de sucesiones, a pesar de su número aún limitado (lo que se puede explicar por el lapso de tiempo que, necesariamente, ha de pasar entre el otorgamiento de un acto sucesorio y la muerte del causante, primero y, de existir discrepancias entre herederos, entre esta y la finalización del procedimiento judicial o administrativo subsiguiente, hasta que recaiga la resolución o sentencia), tanto en el caso de las resoluciones en materia gubernativa por la DGRN como las sentencias del TSJPV y de las Audiencias Provinciales en materia de Derecho de sucesiones, es evidente que, en el período analizado, se observa una mayor la aplicación de la LDCV y, por lo tanto, una mayor vitalidad en la aplicación de la sociedad vasca del Derecho de sucesiones recogido en la LDCV.

Desde otro punto de vista, no parece que la entrada en vigor de las nuevas leyes civiles vascas haya suscitado demasiadas dudas o errores en el otorgamiento de los diferentes instrumentos testatorios, por ejemplo, si atendemos al número de escrituras de modificación, aclaración o rectificación y actas de subsanación otorgadas ante los notarios

de Euskadi (ver tabla abajo), que se mantienen inalterables también a partir de 2015 en una tendencia a la baja, que viene siendo sostenida desde años antes. Sí se aprecia, únicamente, un ligero repunte en 2016, común a todos los Territorios, que podría efectivamente coincidir con la entrada en vigor de la Ley, aunque el incremento se ve también reflejado a nivel estatal (y requeriría de un aumento muy superior en Euskadi para podérsele atribuir al cambio en este un efecto estatal), por lo que podría deberse a otras causas.

3.2.1.3. Testamentifacción en general: formas y contenidos habituales.

La disposición fundamental en lo relativo a las formas de testar recogida en la LDCV es el artículo 22, englobado dentro del Capítulo I, *De la sucesión testada* y su Sección primera, *Disposiciones generales,* que se cierra precisamente de esta forma:

> *"Artículo 22. Formas de testar.*
>
> *En la Comunidad Autónoma del País Vasco rigen todas las formas de testar reguladas en el Código Civil y además el testamento llamado "hilburuko" o en peligro de muerte".*

Se impone una precisión en el sentido de que las formas de testar establecidas en el Código Civil han de tener, en cuanto a su contenido, un sustrato de carácter personal coincidente con la ley aplicable a la sucesión, que determina que dichas formas de testar del Código Civil puedan ser utilizadas por quienes hoy se hallan sujetos a la vecindad civil vasca, del mismo modo que pueden seguir utilizándolos quienes, por ejemplo, siendo residentes en la CAPV, siguen sujetos a la vecindad civil común.

Dicho lo anterior, la LDCV sigue siendo, en gran parte, una ley que promueve la realización de testamentos, como corresponde a una sociedad avanzada y consciente de su propia naturaleza.

En cuanto a las formas de testar, a partir de la entrada en vigor de la LDCV (3.10.2015) se pueden observar un aumento de testamentos notariales abiertos. Alguna de las respuestas recibidas por parte de algún vocal al cuestionario remitido sugiere que esto podría deberse al cambio de la cuantía de la legítima, así como a la posibilidad del apartamiento. Este aumento es consistente en los tres territorios históricos (un aumento de un 13,77 % anual en Bizkaia en 2015, del 18,77 % en Gipuzkoa y del 11,65% en Araba) y aunque, en principio, parece más pronunciado en Gipuzkoa, parece también más sostenido en los otros dos

territorios que en este último (ya que en Bizkaia y Araba el número de testamentos abiertos sigue creciendo en 2017, mientras que parece estancarse en Gipuzkoa).

Junto a ello, también puede apreciar un ligero aumento (en el periodo analizado) en el número de testamentos cerrados o protocolización de testamentos ológrafos; aunque por el escaso número de estos (no llegan de media a la decena anual por territorio histórico), a penas sí puede considerarse estadísticamente relevante. Además, como advirtieron en su día los vocales de la comisión designados por el Colegio notarial, ese aumento, más que al aumento de testamentos ológrafos en sí mismo, debería atribuirse a la novedad que supone la posibilidad de proceder a la protocolización de dichos testamentos en sede notarial, función antes reservada a los órganos judiciales.

Por lo que hace a los contenidos o cláusulas más habitualmente introducidas en los testamentos, es necesario distinguir conforme a las aportaciones recibidas de los principales operadores jurídicos dedicados a asesorar en este campo a los ciudadanos (abogados, notarios), entre diferentes situaciones familiares, que suelen determinar diferentes estrategias sucesorias:

En el caso de matrimonio o pareja de hecho con hijos comunes y relación estable, la voluntad de ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho suele traducirse normalmente en el otorgamiento de un testamento con *cautela socini*, en el que se establece como alternativa para el sobreviviente la elección entre el usufructo universal o la parte de libre disposición en pleno dominio y el usufructo del tercio destinado a mejora.

La desaparición del tercio destinado a mejora y la ampliación de la parte de libre disposición lleva consigo, como es evidente, la posibilidad de atribuir las dos terceras partes de la herencia al sobreviviente, quedando la legítima colectiva de un tercio de libre reparto entre los hijos. Dentro de este esquema, en los territorios donde tiene mayor arraigo la sucesión por comisario, se ha dado que éste es considerado un instrumento adecuado para favorecer es estatus del miembro superviviente y, en aquellos territorios en los que no goza de tanto arraigo, una solución progresivamente incorporada al rebufo de una mayor familiaridad por parte de los operadores jurídicos.

También aquí se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de ordenar la sucesión por testamento mancomunado, que carece del arraigo que tiene en otros territorios como Navarra y Aragón, tal y como se ha reseñado en el apartado anterior, pero que puede ser

un elemento a tener en cuenta, si no con carácter masivo, sí en determinados casos en los que la situación familiar lleve a recomendar su utilización.

En idéntica situación, pero con un mayor arraigo, se ha desarrollado la posibilidad de transmitir el patrimonio sucesorio, no ya a través de un testamento, sino a través de un pacto sucesorio, bien sea *inter vivos* o *mortis causa.* La experiencia de los territorios en los que ha sido utilizado es dispar y desde luego, teniendo en cuenta las estadísticas descritas en el apartado anterior, parece que lo lógico es pensar en su utilización de forma creciente, especialmente si se le dota de un estatus fiscal sólido y reconocible.

En el caso de matrimonio o pareja de hecho sin hijos y relación estable, teniendo en cuenta la supresión de los ascendientes como legitimarios y la inexistencia de hijos o descendientes comunes, las disposiciones de designación de heredero mutuo entre ambos ha sido lo más frecuente e incluso objeto de una sucesión mancomunada con disposiciones de carácter mutuo, todo ello modulado, en su caso, por las sustituciones que consideren convenientes, sin descartar la posibilidad de un pacto sucesorio entre ambos a favor del sobreviviente y con las ya mencionadas sustituciones.

En el caso de concurrencia de cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho con hijos, la novedad más importante que ha supuesto la LDCV es la facultad de elección que corresponde al sobreviviente, al sustituirse el sistema de legítima del Derecho civil común aplicable anteriormente en gran parte de la CAPV por un sistema de libertad de elección y apartamiento que, además, puede resultar reforzado, teniendo en cuenta el patrimonio en su conjunto, por la existencia de un poder testatorio.

Por lo que hace al caso de cónyuges divorciados o separados con hijos menores de edad, en esta situación, que se produce con cierta frecuencia en los despachos de los operadores jurídicos, lo habitual ha sido introducir una cláusula de carácter *antiprogenitor* para evitar que los bienes dejados en herencia, donación o pacto sucesorio, a los hijos comunes menores de edad, puedan ser objeto de sucesión por el padre o madre con respecto al cual el testador se halla separado o divorciado. Hoy, sin embargo, con la LDCV, la cláusula *antiprogenitor* suele ser completada, ante la supresión de los derechos legitimarios de los ascendientes, con una sustitución pupilar que permita marcar el rumbo de la sucesión a favor de otras personas en su integridad.

Finalmente, en el caso de personas viudas o solteras sin hijos, la situación no ha cambiado esencialmente, puesto que, tanto con arreglo a la legislación anterior como con arreglo a la LDCV, se mantiene la libertad de disposición por parte del causante a favor de los herederos que decida elegir, salvo las limitaciones que puedan provenir de las reservas, de las reversiones o, en su caso, de la troncalidad, aplicable en el territorio aforado de Bizkaia, Llodio y Aramaio, o del peculiar régimen de transmisión del caserío en el caso de Gipuzkoa.

Es necesario (aunque será objeto de estudio más en profundidad en otros apartados), hacer un breve inciso para recalcar cómo afecta también a la testamentifacción la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de los bienes sujetos a la troncalidad en el Territorio Histórico de Bizkaia, Llodio y Aramaio, con las excepciones ya reconocidas legalmente de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

Esta intangibilidad de los bienes troncales aparecía recogida tanto en los artículos 60 y 61 de la derogada ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante LDCFV) como en los vigentes artículos 56 y 57 LDCV, si bien las consecuencias diferentes en una y otra respecto a la ruptura de dicha intangibilidad: En la LDCFV, suponía la nulidad de los actos que la vulnerasen (artículo 24 LDCFV), mientras que hoy la sanción civil es la anulabilidad (artículo 69 LDCV) con plazo de caducidad de cuatro años.

A tal efecto, se debe apuntar que la situación del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se suele reforzar en sede testamentaria mediante el usufructo universal de los bienes, incluso los troncales, y la concesión al cónyuge viudo sobreviviente o miembro de la pareja de hecho de una fiducia sucesoria sobre los bienes troncales.

3.2.1.4. Testamento hilburuko o en peligro de muerte.

Sin profundizar en otras formas de testar reguladas en el Código Civil, que han sido objeto de estudio de forma extensa por parte de la doctrina, como especificidad del Derecho civil vasco, hay que insistir ahora en el último inciso del artículo 22 LDCV, que incluye dentro de las formas de testar el testamento llamado *hilburuko* o en peligro de muerte, cuya regulación aparece recogida en el artículo 23 LDCV.

Un examen de la utilización del testamento *hilburuko* y de las circunstancias que exige nos lleva, en primer lugar, a constatar su escasa aplicabilidad territorial en la CAPV (hasta fechas recientes[xli]), independientemente de la vecindad civil de quien lo utilice. Como forma de testar, su utilización no está limitada por tanto a quienes ostenten la vecindad civil vasca, estando a disposición de quienes ostentes otras vecindades civiles, y sin que su aplicación esté limitada al ámbito de aplicación del Derecho civil vasco que aquí analizamos. Si bien cuando aquí se use, la herencia estará sin duda sujeta, en todo caso, a la ley aplicable al fondo de su sucesión, especialmente en lo que respecta al sistema legitimario del testador.

Así mismo, desde otro punto de vista, debemos también recordar que LDCV se vio afectada también, desde la perspectiva de la adveración y protocolización notarial, por los efectos de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria o LJV[xlii]. En virtud de la misma, los mecanismos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos han sido modificados, y se trasladada la competencia funcional para entender de ellos al notariado, mediante cambios en su Ley. Se modifican así, respectivamente, la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados[xliii]; la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos[xliv] y la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral[xlv].

Aunque no se dispone de estadísticas fiables al respecto, el siguiente cuadro sí deja ver la evolución de las circunstancias de otorgamiento de este tipo de testamentos y su incidencia casi nula como título sucesorio en la aplicación reciente de la LDCV.

3.2.1.5. Testamento mancomunado o de hermandad

Dentro de la LDCV, el encabezado de la Sección tercera del Capítulo I, *De la sucesión testada,* se titula *De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad.*

La mención efectuada no es baladí, ya que excede de lo puramente formal y se integra en el fondo de la sucesión, afectando a elementos fundamentales de la sucesión, tales como la propia apertura de la sucesión, la delación hereditaria o la revocación (o modificación) del contenido de la sucesión patrimonial recogido en dichos testamentos.

En el caso del testamento mancomunado este se señala expresamente para quienes, teniendo vecindad civil vasca, quieran hacer testamento mancomunado, aún fuera de la

CAPV. Es este un tema que en buena lógica y una vez establecida la vecindad civil vasca como punto de conexión de la LDCV, supone la posibilidad de utilizar este modo de sucesión, incluso fuera de la propia CAPV.

Desde la vertiente de la *mancomunidad* se recalca por la LDCV que dicha mancomunidad únicamente afecta al testamento en el que dos personas disponen en un solo instrumento y para después de su muerte, de todo o de parte de sus bienes o aquel en el que se designan comisarios recíprocamente o a un tercero. Exige emancipación y forma abierta ante notario y puede contener liberalidades mutuas o a favor de terceros, con carácter correspectivo o no, siendo una de las características fundamentales la regulación que de forma más detallada se establece para la revocación o modificación conjunta de este testamento mancomunado o unilateral en vida del testador o a la muerte del cotestador y las consecuencias del fallecimiento de uno de los testadores.

Su evolución estadística estos últimos años indica una tendencia creciente a partir de 2015 en Araba y, especialmente en Gipuzkoa[xlvi], y en Bizkaia a partir de 2016, pero lejos aún[xlvii] de la realidad del testamento abierto ordinario. Por otro lado, porque esa tendencia al alza parece enmarcarse en una tendencia generalizada en el Estado, de la que la LDCV no puede dar completa cuenta.

3.2.1.6. Sucesión por comisario

Del mismo modo, la Sección cuarta del Capítulo primero del Título II de la LDCV (arts. 30 a 46) se titula *De la sucesión por comisario.* Ni que decir tiene que su aplicación es personal, esto es, su utilización es tan solo posible por parte de quienes posean vecindad civil vasca.

Existe aquí un acercamiento basado en el desarrollo del principio de *delegabilidad.* Hay que destacar que el *nomen iuris* utilizado por el legislador en relación a la forma que históricamente ha adoptado esta delegabilidad en el derecho civil vasco, sea el de *Sucesión por comisario,* lo que supone un engarce con la tradición, tanto escrita como oral, utilizada en el País Vasco y no empece en absoluto que el contenido de esta sucesión por comisario sea un instrumento adecuado para ordenar la sucesión.

Por tanto, esa sucesión por comisario se basa en que, cuando el comitente realiza el testamento o el pacto sucesorio, prevé una actuación del comisario que no sólo está representando a dicho comitente, sino ejercitando la voluntad de este. Y ello, con base en que, atendiendo a una relación de confianza, dicho comitente otorga facultades por escrito, a través de un encargo o comisión, de una forma más o menos amplia en función de la voluntad del comitente y, sobre todo, de su libertad civil. Se da así una concurrencia entre el principio de libertad civil y del principio de delegabilidad, que tiene por objeto el que ese patrimonio sucesorio, entendido no tanto desde la perspectiva de los derechos individuales, sino desde la perspectiva familiar de transmisión del mismo, pueda ser objeto de una adecuada disposición, en todo o en parte, y de forma dinámica, en función de las necesidades presentes o futuras de la familia.

Dentro de las novedades de la LDCV en lo relativo a la ordenación de la sucesión por comisario, son reseñables la ampliación de las facultades que competen al comisario a la hora de gestionar y disponer de los bienes del comitente, junto con las necesarias cautelas a favor de terceros. Su regulación aparece recogida en el artículo 43.3, 4 y 5 LDCV y pueden sistematizarse de la siguiente manera:

a) En lo relativo al pago de las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestión de los negocios del caudal y demás, le corresponden las facultades de gestión al comisario, según el artículo 43.3 LDCV.

b) Sin embargo, una adecuada conexión de este articulo 42.3 con el artículo 21 LDCV, y con el beneficio de separación que allí establece para los acreedores y legatarios de la herencia, impone igualmente la aplicación específica de dicha separación de bienes en el caso de actuación del comisario, concretándose así el principio de responsabilidad limitada de los llamados a la herencia ya mencionado que formula el artículo 21 LDCV.

c) Lo más notable dentro de las facultades que corresponden al comisario es, precisamente, la atribución al mismo de facultades de disposición de los bienes o derechos hereditarios, en los casos previstos en el artículo 43.4 y 5 LDCV.

La estadística notarial no da cuenta (en atención al periodo objeto de estudio) de la concreta utilización de este tipo de instrumento sucesorio en Euskadi. Y ello, porque el desglose en vigor hasta el momento en sede del índice único notarial de los actos sucesorios no se encuentra adaptado a la especificidad del Derecho civil vasco, cayendo

esta figura de la sucesión por comisario en el saco de categorías genéricas o residuales con las que se llega a confundir.

No obstante, desde esas categorías generales, sí que puede apreciarse la influencia y la fuerza que tiene esta figura en el País Vasco. Así, a modo de ejemplo, podemos apreciar:

- Un considerable aumento en el número de los clasificados como "otros tipos de testamentos o actos de última voluntad", que no dejan de crecer desde 2013, en Bizkaia, crecimiento que se traslada luego a los otros territorios (en 2015 a Gipuzkoa y en 2016 a Araba).

  Este epígrafe es notable, además, porque los territorios vascos son acreedores de una proporción muy considerable del total de actos de este tipo contabilizados a nivel estatal (desde 2013, de más de un tercio de los actos contabilizados a nivel estatal, creciendo ininterrumpidamente hasta superar más de la mitad de los actos contabilizados a nivel estatal a partir de 2016).

- Un ligero aumento de los clasificados como "otros actos de trascendencia sucesoria", a partir de 2013 (con un ligero retroceso en 2014) aunque sostenido hasta 2017 (que coincide con un incremento también reflejado a nivel estatal a partir de 2016, y por tanto no atribuible exclusivamente al incremento debido al País Vasco).

En cuanto a las conclusiones que cabe deducir de los dos epígrafes anteriores ("Otros tipos de testamentos o actos de última voluntad" y "Otros actos de trascendencia sucesoria"), el altísimo porcentaje de uso en la Comunidad Autónoma Vasca de la clasificación que estadísticamente se denomina "otros tipos de testamentos o actos de última voluntad" es fruto, como apuntan las aportaciones de vocales de la Comisión, no solo del hecho de que en este epígrafe es donde, conforme a la vigente clasificación que la estadística notarial, se contabilizarían figuras propias del Derecho civil vasco de uso muy generalizado en Euskadi como el testamento por comisario, sino también del hecho de que nuestra fiducia sucesoria puede dar lugar a una pluralidad de "partes testamentarios" en su ejecución, tanto en sentido positivo como en su extinción (por renuncia especialmente).

Abundando en la evidencia a la que parecen apuntar los datos que referimos, un pequeño muestreo para los tres primeros años de aplicación de la LDCV (2015-2018) [xlviii] arroja un altísimo porcentaje de testamentos que incluyen poder testatorio en Bizkaia (con cifras que van del 70 al 80%, con variaciones entre regiones) y en la zona alavesa sujeta tradicionalmente a Derecho vizcaíno (Llodio); un porcentaje nada desdeñable (en torno al 35%) en zonas de Araba como Laguardia, aunque escaso o testimonial en el resto (Vitoria con un 5% o 0% en Salvatierra); y un mayor uso en Gipuzkoa, aunque menor que en Bizkaia, con también notables variaciones por zonas (entre el 15 y el 20% en Bidasoa o Tolosaldea, el 10% en Donostialdea y una escasísima incidencia en otras zonas como Alto Urola, Goierri o Urola Costa.

Está ya en marcha la obtención de los datos de forma sistemática para los años sucesivos a través del Índice Único Informatizado del Notariado.

3.2.1.7. Pactos sucesorios

Los pactos sucesorios son un título sucesorio cuya utilización *in crescendo* en estos últimos tres años, dentro de la CAPV, es un fenómeno notorio, gracias a su adaptación y flexibilidad a la hora de enfocar el fenómeno sucesorio.

Sólo se dispone por ahora de estadísticas parciales y, por tanto, son las que muestran el vigor con que ha renacido esta institución en estos primeros años de aplicación de la LDCV. La estadística notarial da cuenta de un pronunciado incremento de los contratos sucesorios, tanto sin como con transmisión de bienes presentes, a partir de 2016. Este tipo de actos, entre los que se encuentran los pactos sucesorios en Euskadi, prácticamente eran testimoniales con anterioridad a 2015. De los datos recabados se deriva que, salvo algún contrato puntual en Araba o en Gipuzkoa, con anterioridad únicamente se solían contabilizar algunos pactos sucesorios con transmisión presente de bienes, también en número reducido, en Bizkaia. No obstante, como decimos, esta realidad parece empezar a cambiar a partir de 2016, hasta alcanzar casi 500 contratos sucesorios en 2017 si sumamos el total de los tres territorios, entre los otorgados con y sin transmisión de bienes. Esta tendencia, aunque remarcable, sin embargo, parece responder también a una tendencia generalizada en el Estado, donde parece también haber un incremento los últimos años.

En cuanto a los pactos sucesorios, en concreto, hemos de dar cuenta de la aportación recibida en el sentido de resaltar su papel como instrumento de transmisión y protección del patrimonio familiar y personal[xlix], con especial proyección en relación con su utilidad para la empresa familiar y respecto a la protección de las personas con discapacidad.

La planificación sucesoria es un tema clave para las empresas familiares, a efectos de garantizar la continuidad de las mismas, tanto evitando la fragmentación de la empresa y como favoreciendo la continuidad de la misma en el seno familiar (sobre este aspecto volveremos también en el apartado dedicado al Derecho patrimonial, al abordar posibles proyecciones de la troncalidad, la saca foral o la transmisión del caserío guipuzcoano en este campo[l]). Los pactos sucesorios pueden ser una institución de gran utilidad a tal fin.

Desde la realización de asignaciones de elementos concretos de la herencia, como puede ser la propia empresa familiar o sus acciones y títulos de propiedad, hasta la posibilidad de imponer cargas al favorecido, como podría ser la de continuar la explotación o desempeñar el cargo de administrador del negocio familiar, o incluir la prohibición la división de los bienes hereditarios concretamente asignados, o la posibilidad de incluir cláusulas de reversión en determinados casos, por ejemplo, en casos de mala gestión. Señaladamente (por oposición a la situación en el Derecho común) las aportaciones recibidas han apuntado la irrevocabilidad unilateral del pacto[li], o la posibilidad de que el pacto se contraiga tanto entre familiares como con la participación de personas ajenas a la familia, y la posibilidad de concentrar la transmisión de toda la empresa en un solo descendiente (el que los causantes y titulares principales de la empresa consideren con mayores aptitudes y cualidades para continuar con la empresa familiar), sin perjuicio de que se pueda (o no) compensar al resto de descendientes con activos o con dinero. Posibilidad ésta de concentrar la sucesión en un solo descendiente que se ve reforzada y territorialmente ampliada en la LDCV, por la nueva regulación de las legítimas que la misma contiene.

Ahora bien, el empleo de esta institución, no sólo dependerá de su utilidad, sino también del tratamiento fiscal que reciba.

En cuanto a la utilidad de esta figura de los pactos sucesorios respecto de la protección de las personas con discapacidad, se apunta a la utilidad de los pactos entre progenitores para proteger al descendiente común discapacitado a la muerte de uno de los contrayentes, o con hermanos o familiares a los que se impusiera como carga vinculada a la sucesión la de cuidar de la persona con discapacidad a la muerte del causante o de otra manera respetar y proteger sus derechos sucesorios.

Sin embargo, en este punto será necesario tener en cuenta la naturaleza del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020, actualmente en tramitación, por la que se reforma la Legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, como se indica en la Exposición de motivos del Proyecto de ley, pretende mediante la reforma de la legislación civil y procesal dar un paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El propósito de la Convención de Nueva York de 2006 (del que ya es parte España y, como tal, forma parte del ordenamiento jurídico) es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Con la manifestación de este objetivo, la Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Se impone así el cambio de un sistema como el actual, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Por lo que se refiere a la afección a las normas integradas en Derecho civil vasco, debemos tener en cuenta el amplio y variado alcance normativo de la reforma legislativa proyectada, lo cual supone que la futura ley modificará el marco de referencia de varias normas de la Comunidad autónoma vasca[lii], como la Ley 5/2015, de 25 junio, de Derecho civil vasco, así como la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

Desde esta perspectiva, además, consideramos que podría ser interesante explorar el alcance que pueda reconocerse a la capacidad de la persona que padece la limitación y su eventual desarrollo legal, en relación, precisamente, con la capacidad legalmente exigida para otorgar y contraer pactos sucesorios[liii], dentro de lo que permita la sentencia de

incapacitación o las tutelas, curatelas y complementos que puedan requerirse por la misma.

3.2.1.8. Reservas sucesorias y reversiones.

En cuanto a las reservas sucesorias contenidas en los artículos 118, 119 y 120 de la LDCV, respecto a las relaciones entre cónyuges o parejas de hecho y descendientes, se ha considerado en las aportaciones de los vocales (al menos en una de ellas) que precisamente las reservas están pensadas para incluir supuestos como los casos de divorcio, separación, nulidad o disolución de pareja de hecho que conformaren ambos ascendientes. Sin embargo, no tenemos constancia de que se haya planteado ningún pleito hasta el momento que analice la interacción de dichas reservas con la normativa contenida en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Por otro lado, en otra de las aportaciones otro de los vocales sí indica que, en su opinión, es paradójico que por una parte la LDCV amplíe la facultad y libertad de disposición testamentaria de bienes y, por otra parte, se mantengan normas como las de los artículos 118, 119 y 120, que ya existían en disposiciones del Código Civil, y que, siendo restringidas, no han tenido prácticamente aplicación en su experiencia profesional.

3.2.1.9. Troncalidad

3.2.1.9.1. Concepto, definición y naturaleza jurídica.

El principio de la libertad civil es fundamental en el sistema jurídico privado vasco pero, en materia de sucesiones y organización del patrimonio familiar, debe convivir con dos importantes limitaciones a la voluntad como son las derivadas del sistema de legítimas y de la troncalidad en el caso de Bizkaia y parte de Araba, o de las limitaciones sobre el caserío en el caso de Gipuzkoa.

La troncalidad ha sido históricamente una de las instituciones jurídicas privadas más características y arraigadas del derecho vasco, especialmente vinculada al Territorio Histórico de Bizkaia, y también en los términos municipales de Aramaio y Llodio, donde

tradicionalmente ha venido siendo aplicada para proteger un patrimonio familiar que se considera colectivo y solidario, garantizando su conservación y mantenimiento unido dentro de la familia troncal.

La Exposición de motivos de la derogada ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, se refería a la troncalidad en los términos siguientes: *"La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos "inter vivos" o "mortis causa", a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica".* La LDCV por su parte, tras calificarla en su exposición de motivos como "una de las instituciones más características del Derecho privado de Bizkaia" y como "probablemente la institución más típica y la más apreciada por los juristas vizcaínos"[liv] a principios del siglo XX, nos ofrece la regulación de esta institución dentro del Título Segundo de esta LDCV, dedicado a las sucesiones, en cuyo seno va a regular la troncalidad en el Capítulo Segundo, al tratar de las limitaciones a la libertad de testar junto a la legítima. En dicho Capítulo nos ofrece una definición, con los elementos que la constituyen, su nacimiento y extinción, sus principios, valores y efectos, así como las acciones jurídicas previstas para su defensa y garantía, agrupadas todas ellas en la Sección Tercera, artículos 61 a 87 LDCV, además de la Disposición Transitoria Sexta. Sin entrar ahora a valorar dicha localización sistemática, o las implicaciones que tiene el reconocimiento de su proyección también inter-vivos además de en relación al hecho sucesorio (cuestión que trataremos más adelante), se impone en este momento su análisis (conforme a la LDCV) exclusivamente desde esta última perspectiva.

La LDCV presenta la troncalidad como una institución jurídica de Derecho Privado dirigida a proteger el carácter familiar del patrimonio, o de una parte del mismo al que califica como patrimonio troncal. En consecuencia, establece que la propiedad de los bienes raíces sitos en la Tierra Llana o Infanzonado de Bizkaia y en los términos municipales de Aramaio y Llodio es troncal, y denomina dichos bienes como bienes troncales, garantizando el derecho de los parientes tronqueros a que esos bienes no salgan de la familia troncal[lv].

Esta regulación entre las limitaciones a la libertad de testar, junto a la legítima, al tratar de la sucesión forzosa, refleja un concepto, inicialmente, negativo de la institución que limita y prohíbe la realización de actos de enajenación por parte del titular de los bienes

raíces a favor de personas extrañas a la familia troncal o incluso a favor de quienes no sean preferentes entre los parientes troncales. En tal sentido se parece expresarse incluso, en algunos pasajes, la exposición de motivos de la LDCV al afirmar que "la evolución de la actual sociedad parece poco favorable a las instituciones de este tipo" y al admitir que, "aunque su arraigo en Bizkaia hace aconsejable mantenerla", considera no obstante necesario "en cierto sentido, suavizar sus aplicaciones que pueden parecer excesivas" para adaptar la institución a las exigencias de la vida actual. Por el contrario, la doctrina foral siempre la ha presentado con un carácter positivo, por estar dirigida a proteger una concepción original de la propiedad familiar, donde el patrimonio es considerado colectivo y solidario, no individual, y donde la troncalidad ha cumplido (y cumple) una función social y una finalidad de sostenimiento y permanencia del mismo en el seno familiar.

En ese sentido, la regulación actual nos ofrece una definición de la troncalidad que destaca de manera positiva la existencia de una concepción original de la propiedad en Bizkaia, Aramaio y Llodio: el carácter familiar del patrimonio. Esta propiedad familiar de los bienes troncales se considera un pilar fundamental en la conservación y mantenimiento de la familia como institución básica de la sociedad actual, y establece un sistema de protección destinado a la conservación, uso, disfrute, mantenimiento y transmisión de los bienes troncales en el seno de la familia troncal, garantizando los derechos de sus legítimos destinatarios mediante la imposición al titular del bien de unas concretas limitaciones a las facultades de disposición en determinados actos de enajenación.

3.2.1.9.2. Territorialidad, elementos que la constituyen, nacimiento y extinción

La aprobación de la LDCV no ha significado una modificación de los elementos que deben concurrir para acreditar la relación familiar troncal, su nacimiento, permanencia y extinción, así como el ámbito territorial de su aplicación. El legislador vasco ha querido regular esta institución de una manera lo más clara y didáctica posible para facilitar a todas las personas, familias y distintos operadores jurídicos a quienes va destinada, una mejor comprensión y seguridad jurídica en su aplicación práctica, que evite conflictos, bien en el propio seno de la familia o en los tribunales.

En cuanto al ámbito de aplicación territorial de la troncalidad, en los artículos 61 a 65 LDCV, la Ley señala que, a efectos de la troncalidad, sólo se consideran bienes raíces

aquellos que estén situados en el Infanzonado o Tierra Llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio. Por lo tanto, esta aplicación territorial de la troncalidad es clara y excluyente, y no cabe hablar de ella ni aplicar su normativa sobre ningún otro tipo de bienes que no sea raíz, es decir, finca o inmueble, ni en ningún otro lugar que no sea el descrito en la ley: *"… es una institución exclusiva de Bizkaia, Llodio y Aramaio"* (según la Exposición de Motivos). Como excepción a dicha aplicación, se sigue manteniendo una zona no aforada correspondiente a las villas vizcaínas, de conformidad con los planos aprobados en su día, que son los que delimitan la zona aforada donde está en vigor esta normativa (artículo 65.1 LDCV).

Por lo que se refiere a los tres elementos que deben concurrir para acreditar la relación familiar troncal, dentro de la cual esta institución debe desplegar todos sus efectos para proteger la unidad y mantenimiento del patrimonio familiar o explotación profesional, tampoco se han introducido novedades.

Por un lado, tenemos el elemento real u objetivo, correspondiente al bien raíz sito en zona aforada, entendido el bien raíz como "la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra" (Artículo 64.1 de la LDCV)[lvi].

Por otro, el elemento personal o subjetivo, vinculado al pariente tronquero y su relación de parentesco: en línea recta descendente, ascendente o colateral dentro del cuarto grado, siempre por la línea de procedencia del bien raíz.

Y, por último, el elemento causal[lvii], que acredite la existencia de conexión entre el bien, el pariente que primero lo poseyó y el pariente tronquero; es decir, una genealogía familiar de titularidades sobre el bien.

Consecuentemente, la troncalidad se da cuando concurren estos tres elementos, de forma que, el nacimiento de la troncalidad se va a producir desde el momento en que un bien raíz es adquirido por una persona de vecindad civil local vizcaína o de los términos municipales de Aramaio y Llodio, y posteriormente enajena el bien, extendiéndose desde ese momento a todos sus descendientes. Del mismo modo, una vez desaparecida la familia troncal, quedará extinguida la troncalidad ya que no tiene sentido la protección y mantenimiento de un patrimonio o explotación profesional sin la existencia de parientes tronqueros.

3.2.1.9.3. Enajenación de bienes troncales, efectos y acciones de protección.

El titular de un bien troncal tiene plena libertad de uso y disfrute de la propiedad sobre dichos bienes, pero va a ver limitada la libre disposición o enajenación de estos cuando desee realizarla a favor de una persona extraña a la relación familiar troncal o, incluso, a favor de un pariente que no pertenezca a la línea preferente para su adquisición. A diferencia del Código Civil, que trata de regular el derecho de propiedad principalmente en cuanto a su ejercicio y disfrute, la norma foral se dirige a garantizar que los bienes troncales no sean transmitidos a extraños o parientes troncales no preferentes para su adquisición entrando en funcionamiento desde ese momento.

Con esta finalidad, se establecen diversas acciones de protección de esta preferencia en la adquisición, así como los efectos de esta limitación. El titular de los bienes troncales solamente podrá disponer de ellos, cuando quiere realizar una transmisión, respetando los derechos de los parientes tronqueros y aquellos actos de disposición que vulneren estos derechos podrán ser impugnados únicamente por los medios, las acciones y con los efectos que se regulan en la norma. En lo que principalmente afecta al derecho sucesorio (entendiendo el mismo en sentido amplio, como referido tanto estrictamente a las disposiciones mortis causa como a otras disposiciones inter vivos hechas generalmente con fines sucesorios, o equivalentes a los sucesorios, como las disposiciones a título gratuito o lucrativo –donaciones-) es, en esta materia, donde nos encontramos la novedad más importante tras entrar en vigor la LDCV ya que pasamos de una sanción de nulidad de pleno derecho para las actuaciones que no respeten los derechos de los parientes tronqueros a posibilitar el ejercicio por parte de estos de una acción de anulabilidad. O, en su caso, mediante el ejercicio de saca foral, como ya venía siendo posible en la LDCFPV (cuestión que, por su proyección externa o diferenciada de la sucesión, abordaremos en el apartado dedicado al Derecho patrimonial).

En este sentido, se ha retirado la sanción de nulidad establecida en la anterior regulación (artículo 24 LDCFPV), por considerar que era excesiva cuando decía: "*los actos de disposición de los bienes troncales realizados a título gratuito, inter vivos o mortis causa, a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite, serán nulos de pleno derecho*" [lviii]. La opinión doctrinal era contraria a su

mantenimiento, a la vista de la evolución de los valores sociales actuales en torno al patrimonio y a la familia, así como para facilitar el tráfico jurídico de fincas e inmuebles. Hoy, en su lugar, se establece la posibilidad de ser anulados dichos actos de disposición a instancias de los parientes tronqueros mediante el ejercicio de la acción de anulabilidad en un plazo legal determinado. La actual regulación recogida en el precitado artículo 69 LDCV ha modificado la sanción en los términos señalados, suavizando sus efectos, limitándolos en el tiempo, exigiendo un comportamiento activo en los parientes tronqueros para tomar la iniciativa impugnatoria durante dicho plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulabilidad y, en caso contrario, confirmar la validez inicial y provisional que le atribuye el legislador a tales actos de disposición. De esa manera, el artículo 69 LDCV, apartados 1º y 2º LDCV establece los efectos y el procedimiento para su impugnación por los legitimados cuando se realizan actos de disposición de bienes troncales, *inter vivos* a título gratuito o *mortis causa* a favor de extraños o parientes que no pertenezcan a la línea preferente y, por lo tanto, nos encontraremos que:

- Los actos de disposición realizados se presumen inicialmente válidos;
- Los parientes tronqueros podrán interponer una acción de anulabilidad contra dichos actos;
- Para ello dispondrán de un plazo de caducidad de cuatro años
- Que deberá ser contado desde que tengan conocimiento del acto y, en todo caso, desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En el período de evaluación que venimos realizando no se han dictado resoluciones que traten los términos de esta nueva regulación, pero sí resoluciones que tratan[lix] con los efectos de la norma anterior, tanto en transmisiones que se habían producido mediante disposiciones *mortis causa*, testada como por sucesión intestada. En concreto, se ha confirmado que resulta irrelevante, a los efectos de que se aplique la troncalidad, que el tercero adquirente no hubiera tenido nunca vecindad civil vizcaína aforada o, incluso, que hubiera perdido su vecindad civil vizcaína y falleciera bajo otra vecindad, determinante de la ley aplicable de la sucesión[lx].

Sin embargo, en algunas de las intervenciones de vocales de la Comisión se ha advertido también de un posible problema técnico de redacción en relación con los actos gratuitos que infringen las normas de la troncalidad, contemplada en el artículo 69 LDCV. Previene el párrafo segundo que los actos de disposición mortis causa de bienes troncales a favor

de parientes no tronqueros son válidos, pero se puede instar su anulación en el plazo de cuatro años desde el conocimiento o inscripción en el Registro de la Propiedad. Ha de tenerse en cuenta que, en virtud del examen jurídico de la legalidad de los actos que se pretenden inscribir, los actos anulables, cuando tal circunstancia sea directamente apreciable, no pueden ser inscritos en el Registro, ya que a éste sólo han de acceder los derechos plenamente eficaces. No obstante, como se establece expresamente la validez de tales actos, sin perjuicio de que pueden luego dejarse sin efecto, puede entenderse que el legislador lo que quiso es declararlos rescindibles. Igual posibilidad de anulación se prevé en el párrafo primero para los actos inter vivos, pero no se declara expresamente la validez de los actos. Por tanto, es más difícil determinar si los mismos han de ser considerados como anulables y, por tanto, no inscribibles (y ello a pesar de que los plazos se cuentan de la inscripción), o rescindibles, y por tanto inscribibles.

Sería oportuno en alguna futura modificación o mejora de la ley, clarificar con mayor precisión técnica esta cuestión.

3.2.1.9.4. Otros efectos de la troncalidad

Como ya se ha dicho, las legítimas y la troncalidad constituyen las principales limitaciones a la libertad civil del causante, limitaciones que conviven una con otra en el caso de Bizkaia y aquella parte de Araba en la que se aplica Derecho vizcaíno. La norma civil vasca organiza esta convivencia entre sucesión forzosa y troncalidad, y establece una prevalencia de los derechos de troncalidad sobre la legítima, según el artículo 70 LDCV:

- La intangibilidad de la troncalidad no permite imponer sustituciones o gravámenes sobre los bienes troncales, si no es a favor de otro pariente tronquero de la misma línea.
- Concurriendo en una misma persona la condición de legitimario y de tronquero, los bienes troncales que le correspondan se imputarán a cubrir aquella.
- Los derechos legitimarios reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho pueden ser conmutados por los parientes tronqueros si recaen sobre bienes troncales, por un valor de mutuo acuerdo o por decisión judicial.

Finalmente, los derechos de troncalidad reconocidos en la LDCV, según el artículo 87 LDCV, son preferentes a cualquier otro derecho de adquisición, incluidos aquellos que se deriven

de una inscripción registral (siempre que sea practicada durante los plazos de ejercicio por los parientes tronqueros de un derecho troncal de adquisición preferente) y también podrán ser defendidos en los casos siguientes:

- En un proceso de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, o en procedimiento de apremio (artículo 84 LDCV): Se podrá ejercitar el derecho de adquisición preferente por el precio de adjudicación de la venta, antes de ser otorgada escritura pública o certificación judicial para su inscripción en el Registro de la Propiedad. En este caso, la acción de saca foral, se podrá interponer en el plazo de tres meses desde la celebración de la subasta.

- En caso de permuta, al amparo del artículo 85.1 LDCV: Se podrá ejercitar si se permuta el bien troncal por otro que no lo es o que está excluido del derecho de adquisición preferente o si el valor del bien recibido es inferior a un tercio al valor del bien troncal.

- Si la enajenación se realiza para lograr una renta vitalicia o alimentos, según el artículo 85.2 LDCV: el tronquero que ejerza su derecho debe garantizar la asistencia o pensión al enajenante y cónyuge o persona con quien conviva.

- En los arrendamientos de fincas con más de cuarenta años de vigencia, según el artículo 86 LDCV: El arrendatario deberá ser notificado por el titular de su voluntad de enajenar. Será preferente frente a los parientes tronqueros colaterales. Y también será preferente frente a todos los tronqueros si la finca se le transmite en virtud del derecho de acceso a la propiedad.

3.2.1.9.5. Cuestiones planteadas en la jurisprudencia

La aplicación práctica de la nueva regulación que se viene produciendo desde su entrada en vigor sobre la institución de la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio, durante el período de evaluación de este informe, podríamos calificarla de pacífica y generalizada, a la vista de la escasa conflictividad judicial que hemos podido constatar.

En cualquier caso, podemos destacar diversos conflictos jurídicos que se han producido durante este primer período de evaluación de la LDCV, acompañando las resoluciones dictadas donde se realiza un detallado estudio de la normativa anterior, LDCFPV, pero sobre materias que en la actualidad tienen idéntica regulación, de ahí su interés:

- El debate en torno a la ley aplicable a la sucesión cuando existen bienes troncales en el patrimonio hereditario y el causante nunca tuvo vecindad civil aforada, habiendo confirmado en ese caso la jurisprudencia aplicable a las normas sobre troncalidad[lxi].
- La pretensión de que la troncalidad (entonces en tanto regulada en el antiguo artículo 23 LDCFPV) infringía lo dispuesto en los artículos 21, 63 y 67 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por constituir una restricción a la libre circulación de capitales y una discriminación objetivamente injustificada, al hacer depender la aplicación de una limitación a la capacidad de disponer de un bien inmueble del lugar de residencia del causante y del causahabiente en el momento de su adquisición o del lugar en el que está sito el bien objeto de la sucesión. En este caso también, se desechó la acusación, entendiendo plenamente aplicables las normas sobre troncalidad[lxii].
- Las dudas sobre el ajuar doméstico y su carácter de bien troncal destinado o unido a la vivienda litigiosa, siendo otra de las cuestiones que encontramos resuelta por la jurisprudencia[lxiii].

3.2.1.10. Ordenación sucesoria del caserío de Gipuzkoa

En cuanto a la ordenación sucesoria del caserío de Gipuzkoa, ya hemos hecho alguna advertencia en cuanto a la conveniencia de clarificar la vigencia de algunas costumbres, positivizadas en su día mediante la Ley 3/1999, y que en la LDCV pudieran haberse visto difuminadas o incluso silenciadas, por lo que se abunda sobre la conveniencia de asegurar una adecuada sucesión normativa en relación con la ya derogada Ley 3/1992, en la parte añadida por la Ley 3/1999.

En relación con ello, algún vocal de la Comisión, en sus aportaciones, ya ha sugerido que sería conveniente analizar comparativamente la utilización de las diferentes instituciones reguladas con anterioridad y con la nueva legislación, particularmente en aquellos Territorios Históricos donde, como en el caso de Gipuzkoa, se encontraban ampliamente reguladas algunas de las principales instituciones recogidas y mantenidas en la nueva legislación.

Evidentemente, los 42 artículos que en la Ley 3/1992 regulaban el fuero civil de Gipuzkoa (artículos 147 a 188) no pueden entenderse condensados en los escasos cuatro artículos

que en la LDCV regulan las normas especiales acerca del caserío en Gipuzkoa (artículos 96 a 99). Pero ello se debe no a su silenciamiento, sino a que la mayor parte de las instituciones que conformaban aquel fuero civil se han integrado en el acervo del Derecho civil vasco común, confluyendo como un afluente en el cauce principal. Consecuentemente, en la mayor parte de los casos la norma equivalente en el texto actual a la introducida en la Ley 3/1992 por la Ley 3/1999 debemos buscarla en la parte general de la LDCV. Así mismo, tampoco se pueden orillar otros aspectos que también pueden influir, como el nuevo sistema legitimario que incorpora la LDCV, la desaparición de los ascendientes como legitimarios siendo éstos los hijos y descendientes quienes en la nueva ley mantienen su condición de tal, el carácter de legítima colectiva, o su condición de "pars valoris",... Circunstancias, todas ellas, que explican mayormente la falta de total correspondencia entre ciertos artículos de la ley 3/1992 y la vigente LDCV.

Hechas dichas consideraciones, una rápida comparación de contenidos, reflejada en esta tabla de equivalencias de abajo, deja bastante claro que este problema respecto a la aplicabilidad de costumbres no reflejadas claramente en la Ley, aunque podría darse, tiene un alcance muy limitado, circunscrito a un pequeño puñado de artículos que (salvo error por nuestra parte) no encuentran fácil correspondencia en la nueva Ley:

L 3/1992	L 5/2015
147	1.1, 96
148	8
149	10
150	96, 24 apartados 3 y 4
151	97, 98, 12
152	99
153	18, 22
154.1	48, 51

L 3/1992	L 5/2015
168	37
169	41
170	43
171	45
172	24, apartados 1 a 5
173	24.6
174.1	28.3
174, apartados 2 y 3	27

154, apartados 2 a 5	50, 58
155	59
156	FALTA
157	FALTA
158	21 (parcialmente FALTA)
159.1	54
159.2	55 (parcialmente FALTA)
159.3	FALTA
160	54, 52, 53, 57
161	56
162	FALTA
163	FALTA
164	30
165	31
166	33
167	34

175.1	26
175.2	27
176	25
177	28.1
178	28.2
179	100
180.1	104 y 105
180.2	102
181	104
182	105.2
183	101.1
184	101, apartados 2 y 3
185	108
186	109
187	FALTA
188	107.2

No obstante, aun siendo limitado el número de contenidos que pudieran haber sido difuminados o desdibujados en el proceso, quizá podría contemplarse alguna intervención legislativa que aclarase su vigencia actual o si lo que se pretendía era simplemente su derogación.

Por otro lado, también se ha advertido que esta regulación sobre la transmisión de caserío, especialmente en la nueva regulación, se vincula más al bien (caserío) que a la persona o a su sucesión, hasta el punto de no incluirse ya en la Ley 5/2015 referencia alguna a la vecindad civil local guipuzcoana como requisito o punto de conexión necesario para su aplicación (doctrina de la no exigencia de la doble conexión, de forma que en materia de propiedades vinculadas resulta preponderante como punto de conexión el de la *Lex rei sitae* o ley del lugar donde radica el bien, sin que sea necesaria la conexión personal). Vendría así a funcionar de modo similar a como en Bizkaia funciona la troncalidad, que también ha merecido algún comentario en cuanto a su ubicación en el texto de la LDCV, por lo que también dedicaremos alguna palabra a ambas instituciones en el apartado dedicado al Derecho patrimonial.

3.2.1.11. Declaración de herederos abintestato

Frustrada la sucesión por vía testamentaria o pacto sucesorio, el tercer título que recoge la LDCV es, precisamente, el título de la ley que hoy, tras la entrada en vigor de la LJV y la modificación de la Ley del Notariado a la que ya se ha hecho referencia, está constituida esencialmente por la Declaración notarial de herederos *abintestato,* con la excepción de la sucesión intestada a favor de la Administración General de la CAPV.

3.2.1.12. Renuncias a la herencia

Uno de los supuestos que más auge ha tenido durante estos primeros años de aplicación de la LDCV, ha sido precisamente el de los supuestos de renuncia a la herencia. Esta evolución puede, en muchos casos, estar motivada por la fuerte crisis económica y la existencia de deudas dentro del caudal hereditario, así como por la responsabilidad patrimonial universal de quién acepta la herencia pura y simplemente, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil.

Aunque parezca contradictorio, el nuevo régimen de responsabilidad patrimonial establecido por la LDCV en su artículo 21.2, limitado al valor de los bienes heredados en el momento de la delación, no ha traído consigo una disminución de las cifras de renuncias a la sucesión en el ámbito de la CAPV, sin que además se disponga de datos relativos a la incidencia de los pactos sucesorios de renuncia admitidos dentro de la LDCV.

3.2.1.13. Disposiciones transitorias

Como hemos adelantado antes, la transición de la LDCFPV a la LDCV operada en 2015 se ha producido, con carácter general, de forma pacífica y sin que se hayan producido, que sepamos, litigios al respecto en sede judicial.

Existen no obstante varios supuestos en los que, en las resoluciones de la DGRN en las resoluciones a las que aludimos con anterioridad, junto a la sustitución legal operada por la derogación que la LDCV hace de la legislación anterior se plantean otros dos conflictos de derecho. Principalmente, un conflicto de derecho interregional, porque en una misma región de Derecho Foral coexisten en una materia el Código Civil y la Legislación Foral civil, o un conflicto intertemporal, cuando una misma persona ha ostentado en el transcurso del tiempo durante diferentes periodos de su vida dos vecindades civiles. En el análisis efectuado por estas resoluciones, como criterio general, se resuelven los conflictos de derecho mencionados llegando a la conclusión de que las legítimas se ajustarán a la ley que rija la sucesión, que será la LDCV en la medida en que resulte aplicable conforme a la vecindad civil vasca del causante al momento del fallecimiento. Así mismo, en cuanto al fondo de la cuestión más recurrente y la interpretación en concreto del derecho transitorio, del análisis de las resoluciones estudiadas se deduce que la DGRN ha concluido que, tras hacer hincapié en la evolución experimentada por el Derecho Foral en el País Vasco, LDCV actualmente vigente es esencialmente clara, tanto en cuanto a su contenido material como en cuanto a las normas que rigen el Derecho transitorio, y no exige que conste la voluntad expresa de apartar, equiparando el apartamiento la preterición, intencional o no. En consecuencia, atendiendo a una aplicación literal de la ley vasca, en varias resoluciones, la Dirección General de los Registros y del Notariado se pronuncia del siguiente modo (i, ii):

a) Habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia. (Resolución de la DGRN de 12 de julio de 2017)

b) Habiéndose preterido a los hijos desconocidos por el testador al tiempo del otorgamiento de su testamento, nada pueden reclamar puesto que queda un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, que dice "el causante está obligado a transmitir la legitima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita." (Resolución de la DGRN de 12 de junio de 2017)

Las anteriores soluciones se alcanzan tras atender a lo dispuesto en el artículo 9, la disposición transitoria primera y séptima de la LDCV, los artículos 9.8, 16, la disposición transitoria 12ª y el artículo 814 del Código Civil, tras la modificación operada mediante Ley 11/1981, de 13 de mayo, así como lo dispuesto en el artículo 48 de la LDCV. Debe señalarse igualmente que constituye el hecho relevante o determinante al que se alude de forma reiterada y con carácter previo en las resoluciones dictadas por la DGRN, es la fecha del fallecimiento del causante, así como la determinación de si tal hecho se ha producido con posterioridad al 3 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la nueva ley de Derecho Civil Vasco de 25 de junio de 2015). Cuestión esta que será la que determine si la sucesión ha de regirse o no por dicha Ley vasca, al tratarse eventualmente de un causante de vecindad civil vasca conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio.

Sin embargo, en las intervenciones de vocales de la Comisión sí se han planteado dudas en relación con la oportunidad de dicha solución de derecho transitorio y, en especial, en aquellos casos en que se otorgó testamento con arreglo a la ley vigente con anterioridad a la LDCV, pero el fallecimiento se produce después de la entrada en vigor de aquella norma, planteándose problemas tanto jurídicos como de justicia material. Se advierte así en las mismas alguna posible dificultad interpretativa, en la medida en que la disposición transitoria primera de la LDCV remite al Código Civil. Es decir, en concreto, lo que debe entenderse en relación con la exposición de motivos, a la disposición transitoria décimo segunda del texto originario del Código Civil y la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificaron varios artículos del Código Civil. A juicio de los vocales que realizaron el comentario, de todo ello se deduce que, efectivamente, rige el principio de que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor una ley se rigen por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación; y que, en consecuencia, legalmente el sistema de legítimas aplicable será el correspondiente a la nueva legislación.

Esto, máxime a la vista de las resoluciones de la DGRN que antes hemos citado, podría parecer claro o exento de problemas. Pero, advierten los vocales, habrá de entenderse siempre respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias, que son la esencia que rige la sucesión, esto es, el imperio de la voluntad del causante. A ello se entiende que debe añadirse que el número 4 del artículo 48 LDCV dice que: «La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento»; que el número 2 del artículo 48 del mismo texto legal, establece que: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarlos, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita». Y que, en la actual redacción, los ascendientes no son legitimarios. Con este régimen legal se dan dos circunstancias a tener

en cuenta; a) los ascendientes, aunque estuvieran referidos en los testamentos, ya no concurren a las sucesiones abiertas después de la reforma y, b) los legitimarios no nombrados expresamente se dan por apartados tácitamente. Así pues, a juicio de dichas intervenciones de vocales, ello plantea una serie de problemas: Por un lado, se frustran las legítimas expectativas de quien confiaba en ser llamado a la sucesión dada su condición de legitimario, y se deja sin efecto la voluntad del causante que citó expresa pero no nominalmente a sus herederos por entender que no era necesario con arreglo a la legislación vigente en aquel momento, con la correspondiente inseguridad jurídica que ello supone. Esto, además, cuando la disposición transitoria 12ª del Código Civil estaba pensada para un supuesto diferente; el de los hijos ilegítimos que debían ver satisfecha su legítima con la reforma aunque el testamento otorgado con anterioridad no lo hiciera.

Por tanto, en la actual ley se estaría utilizando una solución jurídica pensada para un supuesto de hecho diferente, y con resultados contrarios a aquellos para los que se previó: mientras el Código Civil trataba de proteger los derechos de quien antes no era legitimario, la LDCV privaría de ser legitimario a quien antes lo era. Razón por la cual, si el supuesto de hecho es diferente, también debería serlo, a juicio de las aportaciones de vocales de la Comisión, la respuesta jurídica. Por lo cual, por razón de justicia social, coherencia legislativa y seguridad jurídica, en dichas intervenciones se propone la reforma de la disposición transitoria 1ª en el sentido de que se respeten los derechos legitimarios de los ascendientes.

3.2.1.14. Donaciones

Finalmente, aunque en puridad se trata de actos intervivos, dada la fuerte vinculación que con la sucesión tienen (en tanto pudieran ser colacionables) los actos de transmisión de bienes a título gratuito, vamos a incluir también en este apartado de análisis a las donaciones.

En este sentido, de los datos que hemos podido obtener, señaladamente del Índice Único Notarial, no parece que la entrada en vigor de la Ley 5/2015 haya tenido relevancia alguna de cara al número de donaciones (que sí experimentaron una subida en 2011, quizá debido a la influencia de la crisis o por la entrada en vigor de alguna otra normativa fuera del objeto de nuestro estudio).

3.2.1.15. Derecho europeo

Un breve inciso debe hacerse para reconocer la virtualidad del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la que consagran la posibilidad de la elección por parte del testador de la ley a uno de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

Conviene recordar que este reglamento, como todos los reglamentos europeos que se citan en este documento que regulan la ley aplicable a una materia determinada (ya directamente, ya por remisión a un convenio internacional), lo hacen erga omnes, de manera que será aplicable la ley del Estado designado por la norma de conflicto, sea Estado Miembro de la Unión Europea participante o cualquier otro Estado del mundo. Sin embargo, ese efecto o alcance erga omnes no es predicable de aquellas partes del reglamento que regulan el reconocimiento y ejecución de resoluciones en una materia determinada u otros aspectos como cooperación, etc., que solo se aplican entre los Estados Miembros de la Unión Europea participantes, sucediendo lo mismo con los referidos a competencia internacional a la hora de comprobar que ningún Estado Miembro participante sea competente, siendo por ello importante en estos casos (que por tratar materias de Derecho procesal, no sustancial, no van a ser analizados en este documento) comprobar los Estamos Miembros que participan en cada supuesto, dado que no todos lo hacen en todos los reglamentos europeos.

El Reglamento 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, reúne las disposiciones sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y las transacciones judiciales, así como sobre la creación de un certificado sucesorio europeo. Es decir, abarca los aspectos formales y procedimentales, así como sus repercusiones transfronterizas, de actos, resoluciones y transacciones en materia sucesoria de los ciudadanos europeos, de conformidad con el propio Reglamento. En este sentido, no incide sobre el contenido material (derecho sustantivo) del derecho de sucesiones de cada Estado miembro.

Habida cuenta de que la LDCV regula el contenido sustantivo del derecho civil vasco (fuentes, sucesiones y régimen de bienes en el matrimonio), en principio, el Reglamento europeo únicamente tendría una incidencia directa sobre la Ley de Derecho Civil Vasco en lo que atañe al capítulo III del Título preliminar de la misma, relativo al ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca (artículos 8 a 10), y en alguna medida, en los artículos 3 y 4, sobre el

derecho supletorio y el principio de libertad civil, pero sólo en la medida en la que los conflictos de leyes implicasen algún elemento transfronterizo. Y ello, porque de conformidad con el artículo 38 del Reglamento, los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

Dicho lo anterior, el hecho de que la LDCV establezca como punto de conexión para su aplicación la vecindad civil vasca (siendo ineludible desde el punto de vista del Derecho interno), así como la aplicación de otras normas que como las relativas a la troncalidad atiendan a elementos vinculados a la situación geográfica de los bienes, puede plantear aparentes dificultades interpretativas, en aquellos casos en los que sí estén presentes elementos transfronterizos, en relación con lo fijado en el Reglamento 650/2012. Dificultades interpretativas que se han de resolver mediante la aplicación del orden conflictual fijado en el propio reglamento europeo.

Y es que, su artículo 21 el Reglamento establece que "salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento".

No obstante, el propio Reglamento contiene diversas disposiciones que nos pueden ayudar a salvar dichas discrepancias interpretativas. Por un lado, el artículo 30, según el cual cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión. Ese artículo habilita a que, sin problema alguno, todo lo relativo a la troncalidad, dispuesto en los artículos 61 a 99 LDCV, pueda ser también de aplicación en estos supuestos con elementos transfronterizos, e independientemente de en qué Estado estuviera la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento.

Por otro lado, el artículo 5 del Reglamento establece que el causante puede elegir, para regir su sucesión, la ley de un Estado miembro con arreglo al artículo 22. Es decir, la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Hecha la elección a favor de la Ley estatal española, la determinación de la Ley aplicable de entre las que convivan dentro de España ha de seguir las normas previstas por el Derecho civil común español, pudiendo resultar aplicable la LDCV en la medida en que las normas internas españolas apunten a la misma, por referencia a la

vecindad civil vasca, o en aplicación de los artículos 36 y 37 del Reglamento a los que luego nos referiremos.

Existiría una tercera opción de hacer valer la vecindad civil vasca y garantizar la aplicación de la LDCV a la sucesión, y esa consistiría en hacer valer lo dispuesto en el artículo 21.2 del Reglamento, el cual establece que "si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado".

Pero incluso en este supuesto, la aplicación de la LDCV estaría supeditada a la determinación, de acuerdo con la propia LDCV y seguir las normas previstas por el Derecho civil común español, de la Ley aplicable de entre las que convivan dentro de España. En tal sentido, resultan de especial relevancia las previsiones de los artículos 36 a 38 del reglamento.

Así, el artículo 36, tras remitirse a las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado para determinar la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión, establece también, en su apartado 2, una serie de previsiones que serán aplicables a falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes, o cuando tales normas no resulten de aplicación, como sucede en todos los casos en los que se abra aquí la herencia de un ciudadano de nacionalidad extranjera.

Estas normas, por lo demás, pueden resultar relevantes en aquellos casos en los que la Ley aplicable no se pueda resolver en virtud de las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado para determinar la unidad territorial correspondiente. Es decir, en nuestro caso, en aquellos casos en los que la vecindad civil y los demás puntos de conexión aplicables internamente no basten como criterio de elección de un derecho civil propio u otro, o entre esos y el derecho civil común. Y, en tal caso, resultarán en cierto sentido, de aplicación autónoma con respecto al Derecho civil interno.

Así, el artículo 36.2 del Reglamento dispone, con carácter prevalente, que:

a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento;

b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; y

c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.

Del mismo modo, no obstante lo dispuesto en el apartado 2, el apartado 3 del artículo 36 también establece que toda referencia a la ley del Estado al que remite el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente sobre validez formal de las disposiciones mortis causa realizadas por escrito y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha.

Por su parte, atendiendo en particular a la vecindad civil como punto de conexión de carácter personal principalmente aplicable dentro del ordenamiento jurídico español, el artículo 37 del Reglamento, relativo a los Estados con más de un sistema jurídico en los casos en los que se den conflictos interpersonales de leyes prevé, con igual carácter prevalente y directamente aplicable, que toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha.

Vinculación más estrecha para cuya determinación, en ausencia de otro criterio mejor, no cabe descartar la aplicación analógica de los criterios a los que hemos hecho referencia por remisión a lo dispuesto en el artículo 36.2 del Reglamento.

3.3.2. Otras leyes autonómicas relacionadas

3.3.2.1. Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida

Respecto a la posible conexión entre la materia sucesoria y lo regulado en la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida (y, particularmente, en su art. 8.4, en relación con las posibles causas de invalidez del testamento otorgado en peligro de muerte o hil buruko o con las instrucciones previas relativas al destino del cuerpo o de sus órganos una vez llegado el fallecimiento) tampoco se ha advertido en la jurisprudencia analizada ningún litigio que analice la cuestión.

De forma notable, la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida no incluye referecia alguna en su exposición de motivos a la competencia en materia de conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil foral o especial del artículo 10.5 del Estatuto.

En todo caso, se advierte también, la cuestión es compleja, en tanto la forma de los testamentos (art. 22 LDCV) no se refiere a las formas en que pueden testar los aforados, sino a las formas en que se puede testar en Euskadi, sea el testador aforado o no, siempre que se lo permita la correspondiente norma de conflicto. Por tanto, las referencias al testamento hil buruko serán válidas en cuanto complementen o maticen la LDCV, siendo irrelevante la vecindad civil del testador, al menos si el testamento se ha otorgado en Euskadi.

Por otro lado, aunque en el Índice Único Notarial tampoco aparece reflejado el número de disposiciones sobre instrucciones previas sobre órganos o el propio cuerpo, varios vocales nos vienen a confirmar que, aunque en ocasiones los testamentos sí lo contemplan, la utilización de la vía testamentaria para incluir estas cláusulas es mínimo, dado que lo habitual es hacerlo mediante el testamento vital conforme a otros procedimientos puramente administrativos.

3.3. Derecho patrimonial

3.3.1 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

De entrada, cabe apreciar que el Título I de la Ley 5/2015 que se denomina "de los principios de Derecho patrimonial", contiene un número relativamente pequeño de artículos (artículos 12 a 16) que atienden a un conjunto algo heterogéneo de instituciones, con diferentes niveles de regulación: el caserío, el arrendamiento rústico, la servidumbre de paso, el derecho de cierre de heredades o las cofradías, hermandades o mutualidades.

La inclusión de estas últimas (cofradías, hermandades y mutualidades) entre "los principios de Derecho patrimonial" resulta algo extraña, dado el contenido, más que patrimonial, "societario" o de "derecho de las personas jurídicas" que tiene el precepto. Por ello, la referencia a las mismas se hará, en esta evaluación, al referirnos a aquel apartado en el punto 3.5.

3.3.1.1 El caserío

En cuanto a la primera de dichas instituciones, el caserío, un primer elemento de reflexión (aunque no ha dado aún lugar a litigios que se hayan visto reflejados en las sentencias analizadas), sería el de la doble definición del caserío contenida en la Ley 5/2015 en los artículos 12[lxiv] (aplicable con carácter general) y en los artículos 97[lxv] y 98.

Más que seguramente, la completa identidad entre ambas definiciones, más allá de que en el caserío guipuzcoano se complete con lo dispuesto en el artículo 98 respecto de los *ondazilegi*s (en la medida en que el contenido de este precepto difiriera de alguna manera para con la previsión relativa a los pertenecidos), ha evitado que se produjera, de momento, conflicto o disfunción alguna por esa doble definición. No obstante lo cual, siendo claramente redundante y, por tanto, innecesaria, se recomendaría su eliminación (lo que podría hacerse, sin pérdida alguna de contenido regulatorio, mediante la supresión del artículo 97).

En este sentido (aunque en puridad interpreta y aplica todavía la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco), cabe llamar la atención sobre la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) de 04 de noviembre de 2017[lxvi], en la que el tribunal reflexiona sobre la definición de caserío ante la disyuntiva de si la obligación de que la saca foral se ejerza sobre el caserío como explotación con todos sus pertenecidos es aplicable y debe imponerse a la posibilidad del tronquero, si son varias las fincas, de ejercitar su derecho respecto de una o varias y no de las demás. En dicha coyuntura y ante la ausencia en la Ley 3/1992 de una definición de "caserío" (como la que

ya contiene, duplicada además como hemos visto, la Ley 5/2015), que fuera aplicable al caso sobre un antiguo caserío radicado en Bizkaia (obviamente, desde 1999 la Ley 3/1992 ya contenía una definición, en su artículo 151, pero siendo la misma solo aplicable a Gipuzkoa) el tribunal reflexiona sobre esta cuestión en profundidad, aportando elementos de juicio de notable interés. Entre ellos, la conexión antes referida y que establece con la Ley, 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, al regular el otorgamiento de licencias y documentación de actos de construcción y edificación de nueva planta de vivienda vinculada a explotación económica hortícola o ganadera, y con el Decreto del Gobierno Vasco, 84/1993, de 30 de marzo, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Por otro lado, la problemática analizada y la argumentación vertida en esta sentencia invitan también a reflexionar sobre la conveniencia de reconducir a la unidad, reuniéndolos en este sólo título, aquellos otros preceptos dispersos en la Ley atinentes a la ordenación de la transmisión del caserío. Y ello, sin perjuicio de que dicha eventual unificación se deba llevar a cabo con el sosiego y el análisis que sean necesarios, para evitar suprimir gratuitamente las singularidades o especificidades particulares y propias que se conserven en los territorios y que no sean de aplicación general en la ley.

Parece no tener sentido desde el punto de vista de la economía normativa, que una y otra vez se reitere, tanto para las transmisiones de caseríos vizcaínos (artículos 71[lxvii] y 75[lxviii]) como para los guipuzcoanos (artículo 99), y tanto para las transmisiones mortis causa (arts. 71 y 99[lxix]) como para las que se pueden producir inter vivos (art. 75, en relación a la saca foral) el mismo precepto que ordena que el caserío se debe transmitir siempre, como unidad de explotación, junto con sus pertenecidos y ondazilegis.

Esta dispersión pone también de relieve posibles disfunciones, como la diferente protección por territorios de dicho principio general de transmisión conjunta del caserío como explotación, con el fin de garantizar su viabilidad y la coherencia económica de la explotación. Así, mientras que dicho principio en el caso de las transmisiones inter vivos, sí tiene cierta protección en Bizkaia de la mano en el caso de la institución de la troncalidad y, particularmente, de la saca foral[lxx] (art. 75), sin embargo no encuentra en Gipuzkoa otra protección que la vinculada a la transmisión mortis causa, ya que el artículo 99 se encuentra supeditado al 96, que limita los preceptos siguientes a la "ordenación sucesoria del caserío".

La vinculación de la ordenación de la transmisión del caserío, como principio de derecho patrimonial, a la institución de la troncalidad, es también analizada parcialmente en la sentencia antes citada (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Sala de lo Civil y Penal, de 4 de noviembre de 2017), cuestión que se relaciona con la localización sistemática y

conceptualización, en la LDCV, de la troncalidad en Bizkaia (y de la protección del caserío en Gipuzkoa[lxxi]) y su mejor o peor acomodación a los cambios socioeconómicos que vienen experimentando el caserío y la sociedad vasca en general en las últimas décadas, cuestión que trataremos de abordar, aunque sea someramente, al final de esta sección.

¿Qué debemos entender, pues, por caserío, y qué papel juega el caserío en relación con las instituciones de defensa del patrimonio familiar vinculado al caserío? La propia definición legal de caserío está aún vinculada a este elemento funcional, vinculado a la actividad agro-ganadera o silvícola, a fin de cuentas, rural, tanto desde una perspectiva jurídica como económica, social o cultural. A modo de ejemplo, nos parecen representativos los siguientes párrafos de Juan Cruz Alberdi Collantes[lxxii]:

"Con el término castellano caserío (en lengua vasca, baserria) se designa a la vivienda rural diseminada y, a la vez, a la explotación agraria característica de la mayor parte de la vertiente atlántica del País Vasco. En este ámbito se incluyen las provincias de Bizkaia (a excepción de la comarca más occidental de las Encartaciones), Gipuzkoa y los valles atlánticos de Álava en la Comunidad Autónoma del País Vasco; la porción noroeste de la Comunidad Foral de Navarra y los tres territorios del País Vasco-Francés.

Los caracteres tradicionales propios de esta explotación se resumen en la presencia de una casa bloque, que cumple las funciones de vivienda y de servicio a la explotación agraria por medio de la cuadra y los almacenes de heno, frutos, etc., rodeada de los terrenos de distinta utilización que constituyen el territorio productivo. Dentro de ellos la parte más importante y también la más cercana a la vivienda es la heredad o zona cultivada[lxxiii]. En la orla externa se asentaban los prados y, en su caso, los manzanales, dando paso al monte del que se extraía leña, madera y, sobre todo, desde que se impone con la industrialización el caserío de vocación ganadera, los helechos que forman la cama del ganado y que una vez mezclados con las deyecciones de los animales proporcionarán el necesario fertilizante, imprescindible en estas tierras de suelos pobres y muy lixiviados.

Este modelo de explotación, que precisaría numerosas matizaciones en el análisis de casos concretos, se corresponde con el caserío que surge con la industrialización, a partir del último tercio del siglo XIX (Léfèbvre, 1933)[lxxiv] y se mantiene con diferentes variantes, como la muy importante incorporación del trabajo a tiempo parcial, hasta los años 60 o 70 del siglo XX (Ainz, 1996[lxxv]).

Siguiendo a Caro Baroja[lxxvi], este tipo de explotación, muy generalizado, difiere considerablemente no sólo de los de otras partes de España y el occidente, sino también de los que en el mismo país se hallarían al finalizar el medioevo y comenzar la Edad Moderna. Muchos cereales entonces muy sembrados son muy poco conocidos ahora. Hoy

los manzanales y la sidra han caído casi totalmente hasta el punto de desaparecer las clásicas sidrerías de las ciudades. Los rebaños de ovejas son pequeños y sujetos al sistema de pequeña transhumancia. El pino ha surgido en muchos de los campos y laderas de montañas propiedad de los dueños de caseríos con riqueza forestal nueva".

El caserío, por otra parte, ha estado como institución económica vinculada a la explotación rural muy adaptado a las peculiaridades de nuestra orografía, que limitaban su expansión. Siguiendo también a Alberdi Collantes, el dominio del caserío son los valles atlánticos del País Vasco, caracterizados, a pesar de que las cumbres de sus montes son de reducida altitud, por tener un relieve abrupto con fuertes desniveles y acusadas pendientes, ya que están profundamente excavadas por una red fluvial de ríos de elevada capacidad erosiva por la cercanía entre su nacimiento y el nivel de base y las abundantes precipitaciones. Lo cual habla de un panorama geomorfológico de tierras con una deficiente potencialidad agraria, en la que son escasos los suelos con pendientes inferiores al 20% que, por tanto, puedan ser mecanizables[lxxvii]. Como afirma el estudio de Maria José Ainz Ibarrondo[lxxviii] en una sociedad rural como había sido Euskadi, donde la tierra (y por tanto, los bienes inmuebles) eran el principal factor productivo, la familia troncal se convirtió en el sistema oportuno para garantizar la reproducción familiar, en gran parte debido a la incapacidad de las fincas para asegurar el mantenimiento de más de una unidad, en medio de un precario equilibrio entre la población y los recursos. De esa manera, desde un punto de vista económico, el caserío, como forma de estructuración agraria, se constituyó en el gestor fundamental del recurso quizá más escaso de este país: la tierra.

Pero fue mucho más: el caserío era la base económica para la reproducción y pervivencia de la familia, hasta el punto de identificarse con ella. La familia fue el principio y el fin del caserío pre-industrial (o proto-industrial) porque su objetivo indudable es la reproducción de esta[lxxix]. El caserío es o era una organización familiar, constituye o ha constituido una unidad o célula familiar y social y contiene una serie de valores simbólicos de gran trascendencia dentro de la cultura e incluso ideología de una parte al menos de la sociedad vasca[lxxx]. Esa es la verdadera clave del profundo arraigo de esta institución, ya que, en virtud de ello, "el nombre del caserío se convierte… en el referente último de cuanto le rodea: casa, tierras, sepultura, familia e incluso derechos de vecindad y políticos"[lxxxi]. De hecho, el caserío funcionaba como unidad de representación familiar en las Juntas de vecinos, como unidad fiscal y como unidad parroquial (en la medida que cada caserío disponía de su propia sepultura y asiento en la iglesia), de modo que "sin descartar razones de funcionalidad económica… su lógica es diferente y se debe encuadrar en el propósito de mantener la preeminencia de la familia que ocupa la casa y con ella la estabilidad de la comunidad que vive en el término del municipio"[lxxxii].

Ahora bien, en la actualidad asistimos más bien a la desestructuración del caserío entendido como dicha unidad productiva agrícola ya que el País Vasco, como otras sociedades occidentales avanzadas, se encuentra inmerso en un proceso profundo de desagrarización, un proceso de crisis profunda del caserío como institución económica (y familiar) que apunta al fin, cuando menos, del caserío que combina vivienda y explotación familiar, tal y como se venía entendiendo hasta ahora. Este proceso, que apunta a cambios muy profundos cuyos efectos trascienden al medio rural y afectan al conjunto del País Vasco, con grandes transformaciones en las vertientes económica, física, social o cultural (y, como veremos, con posibles consecuencias también para conceptualización del Derecho civil foral, especialmente el patrimonial, y enfoque que en cada momento sea más recomendable adoptar en relación con algunas de sus instituciones más arraigadas), ha sido analizado desde diversos puntos de vista, y ha sido minuciosamente medido[lxxxiii]. La literatura doctrinal al respecto es abundante. Ya en 2002, el propio Juan Cruz Alberdi Collantes, auguraba nada menos que la inminente desaparición del caserío agrícola[lxxxiv], conclusión esta que en 2005 venían a compartir Eugenio Ruiz Urrestarazu y Rosario Galdós Urrutia[lxxxv]. Y esta literatura doctrinal, poco a poco, va permeando también en la jurisprudencia, ejemplo de lo cual es el último artículo doctrinal que referimos, que ya fue citado incluso por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia[lxxxvi].

Por otro lado, a pesar de que las estadísticas oficiales sobre los usos del suelo parezcan permanecer impasibles e inmutables ante la progresiva reducción de su presión agrícola y ganadera, pasado el tiempo, en 2018, esa misma literatura viene a confirmar[lxxxvii], la pertinencia del diagnóstico realizado en su día, así como de los principales vectores de este proceso que viene siendo advertido al menos desde finales de los 90, si bien más que un abandono de suelo agrícola en sentido estricto viene a verificar un abandono oculto o semi-abandono, cristalizado en un escenario de infrautilización y seudomatorralización, o de regeneración de la cubierta natural, congruente con aquel diagnóstico.

Hablar de la crisis del caserío vasco no es hablar de algo nuevo. Siguiendo de nuevo a Maria José Ainz Ibarrondo[lxxxviii], es un asunto del que ya comienza a hablarse en los inicios del siglo XX, pero cuyo origen, que tiene una doble vertiente social y económica, es muy anterior. La quiebra del caserío como institución social coincide con la del Antiguo Régimen, cuando el solar deja de constituirse en soporte de unos derechos políticos que pasan al individuo, y el sistema familiar troncal comienza a carecer del sentido que antes había tenido. Y la crisis económica puede trazarse a unos inicios aún más lejanos, al emparejarse con la de la protoindustria ferrerial y con la pérdida de la plurifuncionalidad del espacio rural vasco-atlántico a la que aquella protoindustria sirvió de complemento (incluso llegando a imponerse como actividad económica principal, en el caso de Bizkaia) permitiendo sustentar explotaciones que, por lo demás, en determinados momentos

hubieran sido demasiado pequeñas para subsistir sin ingresos complementarios. Por lo demás, vinculado a ello conviene resaltar que, durante el Antiguo Régimen, la compatibilidad del trabajo agrícola tanto con el de las ferrerías propiamente dichas, como con la corta y transporte de madera para los astilleros, el carboneo o la arriería ligada al transporte de vena y carbón a las numerosas ferrerías, era muy frecuente.

En su fase actual, la crisis económica del caserío se vincula de forma más inmediata a la liberalización de los mercados y la competitividad consiguiente, que obligaron a explotaciones más o menos tradicionales a adoptar la lógica económica del sistema dominante. Esto es, se vieron obligadas a embarcarse en la vía de la especialización y de la rentabilidad comparativa. En el caserío vasco esto supuso, en la mayor parte de los casos, una apuesta por la ganadería de leche y por la intensificación de la producción, acompañada de un crecimiento espectacular de las inversiones de capital y tecnología[lxxxix]. En las primeras fases de esta adaptación, años 60 y 70 del siglo XX, fueron numerosos los caseríos que abandonaron su explotación e incluso la propia residencia pasando a formar parte del éxodo rural que fomenta la segunda industrialización. Otros caseríos decidieron incorporarse a las nuevas exigencias del mercado. Si en los siglos pasados la unidad familiar pudo contar con la posibilidad de simultanear la actividad agraria con otras vinculadas a la siderurgia, ya en tiempos modernos, fueron la industrialización y la mejora de las comunicaciones las que restituyeron para el caserío las fuentes de ingresos procedentes del exterior. Así pues, otra de las adaptaciones fue la de acogerse a la agricultura a tiempo parcial como forma de diversificar las rentas y aumentar los ingresos. Siguiendo de nuevo a Maria José Ainz Ibarrondo, podemos afirmar que hacia los años 1970 el caserío plurifuncional se había generalizado de nuevo y la agricultura a tiempo parcial se imponía.

La modernización también afecta a la distribución de la casa que en muchas ocasiones ha perdido su carácter mixto residencial-productivo a favor de la separación física entre la función de vivienda, que se mantiene en la antigua edificación (las más de las veces profundamente renovada), y la función productiva, que se desplaza a otras construcciones anejas de carácter estrictamente funcional[xc].

La modernización, sin embargo, se enfrentaba a carencias estructurales propias del caserío, que casi en ese mismo momento se reconoce a sí mismo como unidad de producción agraria obsoleta. El aumento deseado de la producción se veía frenado por la reducida base territorial de la explotación, bajo los condicionantes ambientales de nuestro entorno geográfico. Por lo tanto, la productividad había que conseguirla a través de las inversiones en capital y tecnología y por medio de la acumulación de trabajo, mediante una intensificación notoria de los factores trabajo o capital a la que la unidad familiar

moderna, de tipo nuclear (que generalmente dispone de unos empleos estables más allá del caserío y habitualmente ha conseguido hacerse con la propiedad del mismo) renuncia en buena lógica. Además, esta demanda llega en un momento en que existen otras inversiones de carácter urbano que generan intereses más elevados y cuando los puestos de trabajo en otros sectores, también relacionados con la vida urbana, ofrecen mayores ingresos o, por lo menos, menor esfuerzo y dedicación[xci].

Sea como sea, el caserío, como institución, ha sobrevivido hasta ahora, no sin cambios, a todas dichas crisis, por medio de diferentes adaptaciones. Sin embargo, otra de las hipótesis que los estudiosos del tema entienden comprobadas es que en la actualidad no estamos ante una de las crisis cíclicas que han sacudido al caserío forzándolo a unas adaptaciones drásticas que permitiesen su pervivencia[xcii]. Las investigaciones recientes insisten en la irreversibilidad del proceso: la agricultura a tiempo parcial supone la antesala del abandono[xciii].

En concreto, conforme a las conclusiones de Urrestarazu y Galdós[xciv], sin perjuicio de estrategias paliativas que han permitido aplazar ese resultado (mantenimiento de la actividad sin mejoras ni inversiones, adopción de cultivos más extensivos, pasar de bovino de leche a carne u ovino, iniciar una agricultura a tiempo parcial, abordar una pluriactividad vinculada a complementos como el turismo rural o restauración con producto local que terminan convirtiéndose en sustitutivas de la actividad agraria principal, cesión de los terrenos en arrendamiento o en precario –"garbitze-alde"-, mantenimiento de una agricultura o ganadería nominal, marginal o de ocio...), se observa incluso en las mismas una degradación progresiva, de forma las mismas no serían sino anuncios del abandono de la actividad agraria, apuntando a una diversidad de factores que se conjugan para arrojar de manera indirecta ese resultado. Se citan así, entre las razones de este proceso, una reducida base territorial, la insuficiencia de inversiones que resultan más rentables en otros sectores económicos y la escasez de mano de obra (tanto familiar como ajena). A las mismas, Alberdi suma otras como la decisiva influencia de la ciudad, en un esquema polinuclear como el vasco en que no sólo las cabezas de comarca, sin incluso las capitales, se encuentran a distancias relativamente cercanas de cualquier punto del territorio, por lo que la influencia del entorno urbano es intensa.

Sin embargo, la doctrina analizada viene a confluir en situar el punto clave en la falta de relevo generacional, en la medida en que la existencia o no de un sucesor que quiera continuar la actividad agraria o ganadera se convierte en el elemento determinante respecto a la pervivencia de ésta. En tal sentido, se advierte que los hijos de los jefes de explotación actuales se han formado y vivido dentro de pautas de referencia, modos de vida y relación y de una escala de valores de carácter eminentemente urbanos. A lo que,

además de la cercanía de la ciudad, han colaborado también sobremanera los medios de comunicación. Desde esa experiencia, los jóvenes observan decisivamente las desventajas comparativas respecto a la disponibilidad de tiempo de ocio, relación de sexos o reconocimiento social que plantea el medio agrario en comparación con el urbano[xcv] y el relevo generacional se vuelve problemático.

Con la un tanto opaca expresión "relación de sexos", lo que se quiere expresar es el siguiente dilema al que se refiere más abiertamente Alberdi[xcvi]: "aunque la situación ha mejorado debido a que las condiciones de vida en las granjas es ahora equiparable o casi a la de las viviendas urbanas, el joven que decide continuar con el trabajo de la explotación familiar sabe que tiene muchas más posibilidades de quedarse soltero que sus compañeros que optan por otra profesión. Las mujeres urbanas difícilmente serán convencidas de abandonar la ciudad y fijar su residencia en el campo. Y si son rurales, en la mayoría de los casos tiene un trabajo de tipo urbano, en el propio pueblo o en la ciudad, o desea acceder a él. Como es sabido, el trabajo agrícola y más aún el ganadero ata a la tierra (...) Y lo que es peor, su horario lo hace las más de las veces incompatible con el tiempo de ocio y de vacaciones del que gozan otros trabajadores de los demás sectores económicos. Este aspecto del tiempo de ocio se revela fundamental. Por otro lado, la recompensa económica, salvo excepciones, tampoco es satisfactoria, ya que comparativamente hablando las rentas resultan escasas en función de la dedicación que se precisa".

Es decir, en resumen, que no basta que la explotación sea viable (factor económico) para garantizar su continuidad[xcvii]. Del mismo modo, los anteriores autores advierten también que los agricultores también se enfrentan a la escasez de suelo rural con el que ampliar sus explotaciones debido a que incluso cuando la explotación se cierra y la actividad agro-ganadera o silvícola es abandonada, la tierra es a menudo retenida por sus propietarios, fuera de los circuitos de mercado, a la espera de una rentabilidad superior en un futuro más o menos cercano cuando pase a ser reclamada para su urbanización[xcviii]. Ni se venden ni se arriendan terrenos a precios agrícolas y generalmente son los acuerdos orales[xcix], sin ninguna garantía jurídica ni temporal, los que predominan, impidiendo al precarista emprender nuevas inversiones o aumentar su cabaña por la falta de seguridad de permanencia. Es difícil precisar qué porcentaje real del suelo agrario es utilizado por arrendamientos o contratos en precario, pero según estimaciones oficiales (Alberdi Collantes se remite a la Encuesta sobre Estructura de las Explotaciones Agrarias del INE, 2017) podría suponer el 51 % de la superficie utilizada por las explotaciones en Euskadi[c]. Y ello, porque el propietario quiere mantener sus tierras lo más exentas posible de cualquier servidumbre, ya que prefiere tener las manos libres para poder optar a su venta en un momento propicio o para transmitirla a los hijos si así lo considera[ci].

Por todo ello, como los autores que venimos citando advierten en las conclusiones de sus estudios, en el caserío se tiende cada vez más a disfrutar del recurso productivo tierra que a explotarlo y, por ello mismo, comienza a ser discutible que el caserío siga siendo, con carácter general, una explotación agraria, tanto contra la vigente definición legal como contra el estereotipo al que esta sociedad netamente urbana pretende aferrarse, frente a la imagen de un nuevo caserío mixto, moderno, dinámico y plurifuncional que a veces también se difunde[cii].

Por otro lado, aunque la concentración gradual de población en las áreas metropolitanas resulta una constante en los últimos años, debe advertirse también que desde la década de los 90 en algunas zonas rurales se constata cierta estabilización e incluso captación de nuevos habitantes, rompiendo así con la trayectoria descendiente de décadas anteriores. Este dinamismo va acompañado de otros indicadores, como tasas de nacimientos y estructura de edades de población que según los estudios analizados confirman que dicha tendencia tiene bases sólidas y no es algo coyuntural[ciii], sin que sea el empleo (ni, por tanto, el empleo en el sector agrario) el factor determinante en la decisión de instalarse en un municipio rural, sino factores como la existencia de buenos accesos, la proximidad de algún enclave urbano, así como el disfrute de un entorno agradable.

La valoración de lo rural como entorno de vida privilegiado, la cercanía a la ciudad, la mejora de los servicios (agua, alumbrado, acceso pavimentado...), la cada vez mayor demanda de vivienda unifamiliar, ... llevan a que sean varios los interesados en los bienes inmuebles, incluso cuando no se pretenda seguir con la actividad agro-ganadera o hasta a pesar o en perjuicio de la misma. Lo cual a su vez influye sobre el precio o las expectativas de rentabilidad sobre el suelo, y refuerza la escasez de suelo agrícola con el que ampliar y hacer más viables las explotaciones.

Todo lo cual parece confirmar el nuevo papel que juega el caserío (si bien entendido ya, en su mayor parte, como caserío-vivienda, desvinculado de su función como explotación agraria) en la redistribución territorial interna de la población vasca. La canalización de la desurbanización se convierte así en una de las nuevas funcionalidades del caserío, y en uno de los principales retos que se le plantean la política territorial y de planificación del territorio para la Administración vasca. Idea esta que se ve reflejada incluso en la jurisprudencia[civ].

Por ello, conviene repensar los actuales cánones de relación entre el mundo urbano y el rural.

En su conjunto, por tanto, los estudios apuntan a que el cambio actual supone más bien la desaparición del caserío en su sentido pleno mixto, de vivienda y explotación, a favor de

una de dos opciones que ya se encuentran en fase de manifiesta expansión: por una parte, un escaso número de empresas agrarias modernizadas, de modesta base territorial pero muy intensivas, semejantes a otras explotaciones que apuestan por subsistir en otras regiones europeas; y, por otra, una cantidad creciente de "caseríos-vivienda" sin actividad agraria o con una actividad reducida a una agricultura de ocio o poco más (mantenimiento marginal de la actividad, a menudo inducido por la necesidad de sostener nominalmente la condición de explotación, o para elevar el precio de la finca por medio de la especulación[cv]).

Y todo ello, desde la constatación de que los procesos de cambio que ha sufrido este tipo de explotación agraria (desde esa perspectiva económica y como tal explotación agraria, al menos) y la situación incierta que en la actualidad amenaza con el cierre de muchas de ellas, no difieren gran cosa de la evolución general de las explotaciones que han experimentado el proceso de modernización en otros estados modernos, como es el caso de las áreas rurales europeas[cvi].

Salta a la vista, por todo ello, la contradicción entre este diagnóstico y la vigente definición legal de caserío. Lo cual obliga a plantearse la finalidad económica, social o cultural que está llamada a ejercer el mantenimiento de dicha definición, en los actuales términos, en la Ley civil vasca.

Por otro lado, no puede olvidarse la tendencia clara hacia la fragmentación del caserío[cvii], dada por el desarrollo de la desurbanización y la quiebra del sistema hereditario del mayorazgo, entendido como la designación (conforme actualmente permite la LDCV) de un sólo sucesor en la propiedad del caserío, en lugar de proceder a su división entre varios sucesores. Al dejar de ser la explotación agrícola el medio necesario para la supervivencia del núcleo familiar, el mayorazgo (entendido como la conjunción del heredero único y la transmisión indivisa del caserío), pierde su función[cviii]. O, en palabras de Urrestarazu y Galdós[cix], al perder el caserío su función económica de producción, la herencia se reparte entre los hijos como parece más justo (extremo este que, en futuras evaluaciones, podría quizás comprobarse empíricamente mediante datos tributarios a disposición de las Diputaciones Forales, vinculados al impuesto de sucesiones). Lo cual, en la medida en que el valor económico del patrimonio inmobiliario hace inviable una compensación monetaria inmediata, en muchos casos lleva a la división del caserío, bien sea segregando la vivienda o repartiendo las tierras en función del valor que éstas pueden poseer en el mercado inmobiliario y la aspiración de los diferentes herederos de poseer tierra en la que edificar una residencia primaria o secundaria, o tener acceso a la misma. En todo caso, la consecuencia relevante para el Derecho vasco de sucesiones es, conforme a estos autores,

la progresiva desaparición de la figura del heredero único, al menos en cuanto dicha institución era hasta ahora garante de la permanencia del caserío como unidad productiva.

Esa tendencia a la fragmentación, por otro lado, debe ponerse en relación con los derechos de adquisición preferente y, particularmente, la saca foral, a la que luego atenderemos. Así, desde esta perspectiva, es de notar la posible función de la saca foral, y de otros derechos de adquisición preferente, como defensa frente a la tendencia a la fragmentación del caserío.

Una vez la vivienda o los terrenos son segregados, la base territorial del caserío (ya de por sí escasa desde un punto de vista de su viabilidad agrícola, ganadera o silvícola) se divide en unidades aún más pequeñas, lo cual las vuelve aún más inviables desde ese punto de vista agro-ganadero. Pero, además, ese proceso se retroalimenta también, tornándolo casi irreversible, en la medida en que, hecha la segregación, la reunificación de la finca se torna económica y jurídicamente extremadamente complicada, especialmente en la medida en la que las ulteriores transmisiones las alejen de la titularidad del núcleo familiar (y, por tanto, del posible juego de la troncalidad y la saca foral como medios de reunificación).

Ciertamente, existen en el derecho común otros derechos de adquisición preferente, similares a la saca foral, que jugarían favoreciendo (parcialmente) esa posible reunificación, como pueden ser el retracto de comuneros[cx], el de colindantes de finca rústica o asurcanos[cxi], el del retracto a favor del titular de una explotación agraria prioritaria[cxii], o el derecho a retracto del arrendatario rústico[cxiii]. Instituciones cuya finalidad coincide, precisamente, con la que subyacía a la indivisibilidad del caserío, ya que de una u otra manera todas buscan facilitar, con el transcurso del tiempo, «algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza»[cxiv] especialmente en el sector agro-ganadero y silvícola.

En el caso del retracto de comuneros, además de las propias limitaciones de la figura (principalmente por su breve plazo de ejercicio de tan solo 9 días[cxv]) el dueño de la parte segregada de un caserío que quisiera valerse del retracto para intentar reunificar la casa solar se encontraría, primero, con la dificultad de saber si el caserío, al segregarse, se constituyó o no en propiedad horizontal. En cuyo caso, se encontrará con la dificultad de la redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1960 al artículo 396 del Código civil, prohibiendo expresamente la aplicación del tanteo o retracto de comuneros a este tipo de propiedad[cxvi], en contra de la jurisprudencia derivada tanto de la primitiva redacción del Código civil, como de la redacción otorgada por la Ley de 26 de octubre de 1939 al artículo 396 Código Civil[cxvii].

Pero, es más, incluso en aquellos casos en los que el caserío hubiera permanecido como un conjunto de elementos privativos y comunes, pero sin constituirse formalmente en tal propiedad horizontal, el propietario de una parte del caserío que constituya una finca separada e independiente dentro del mismo se encontrará con la imposibilidad de recurrir al retracto de comuneros para instar la reunificación, dada la interpretación restrictiva que la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo hace de esta figura[cxviii]. Aunque el edificio pertenezca a varios propietarios, al estar dividido en varias viviendas independientes no hay propiedad común o condominio en sentido estricto con respecto a los elementos privativos, lo que imposibilita el recurso a tal retracto entre condóminos al enajenarse éstos. Por ello, no podemos dejar de observar que una revisión de estas figuras, en una futura ley patrimonial vasca, podría reconsiderar una ampliación del retracto entre condóminos a estos casos, si quisiera emplearlo como medio de facilitar la reunificación del caserío segregado.

En cuanto al retracto de finca rústica colindante, plantea también otras limitaciones, además de la propia del breve plazo de 9 días para el ejercicio del retracto legal, vinculadas a su propia formulación: además de que sólo se puede ejercitar sobre fincas de extensión inferior a una hectarea, y que no estén separadas por arroyos, acequias, caminos u otras servidumbres, sólo podrá ejercitarlo el propietario de una finca rústica, sobre otra finca rústica. Por tanto, excluyendo su aplicabilidad en aquellas en las que, aunque continúen figurando como rústicas en el Registro de la Propiedad o en el Catastro, ya se haya abandonado la explotación, incorporándolas al elenco de los caserios-viviendas, o incluso en aquellos casos en los que, aun existiendo algún cultivo o alguna actividad agraria, esta sea residual, complementaria o, simplemente, no preponderante[cxix].

De esta manera, un propietario emprendedor que fuera titular de parte de un caserío segregado y que, aprovechando que su vecino vende la suya, quisiera iniciar una explotación agraria en su finca, restituyendo al caserío de su uso agrícola, no podría aprovechar este derecho de retracto. Y ello, por el simple hecho de que la finca de la que es titular no tiene explotacióna agrícola en vigor. Al igual que el agricultor o ganadero que, siendo dueño de parte de un caserío, quisiera hacer uso de este derecho para ampliar su explotación y reunificar el caserío, aprovechando que su vecino no agricultor vende su parte, tampoco podría hacerlo, porque la finca a anexionar no tiene explotación agrícola en vigor, ni existe condominio.

Lo mismo cabe decir del retracto a favor del titular de una explotación agraria prioritaria. Aunque en este caso la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, aporta un referente interesante en cuanto a la ampliación del plazo de ejercicio[cxx] que puede llegar a ser de hasta un año desde la inscripción de la finca en el Registro de la

Propiedad o 60 días desde la notificación fehaciente de la venta. Además, en este caso el retracto legal, tiene también sus límites propios, a saber: el carácter de "prioritaria" que debe tener la explotación agraria familiar y asociativa, que habrá de reunir los requisitos de los artículos 4 a 6 de la Ley 19/1995 de Modernización de las explotaciones Agrarias; que la finca objeto de venta y sobre la que se está ejercitando el derecho sea de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo y este destinada a la actividad agraria; y que la finalidad del ejercicio del derecho de retracto sea la mejora e incremento de la producción agrícola, ganadera y forestal.

Finalmente, el retracto establecido en favor del arrendatario rústico, que también cuenta con un plazo más holgado que el habilitado a los colindantes "asurcanos" (en este caso, de 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, el retrayente haya tenido conocimiento de la transmisión), tambien sigue requiriendo que el arrendatario-retrayente "sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2" (es decir, cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes dedicadas a este sector.). Pero, además, cuenta con el inconveniente en el caso del País Vasco de la amplia preferencia en la práctica de los acuerdos orales no formalizados sobre los arrendamientos legalmente registrados.

Por ello, aunque la saca foral aporte también por comparación con los anteriores el añadido del vínculo familiar de los tronqueros, se debe enmarcar en este juego de derechos de adquisición preferente, con los que tanto por su naturaleza como por su finalidad se encuentra emparentada (especialmente, si nos fijamos más en el elemento funcional o su vinculación a la explotación agroganadera[cxxi] y menos en la perspectiva familiar de relación entre tronqueros). Y convendría aclarar en qué manera lo hace, en cuanto al juego de prelación entre ellos.

Si se quisiera, desde el Derecho civil vasco aportar un elemento añadido, que permitiera evitar la irreversibilidad de la división o segregación de las fincas con la consiguiente fragmentación del caserío (como uno de los fines más prominentes de nuestro fuero civil), sea como freno a la rampante desagrarización y en beneficio de una mayor disponibilidad de suelo agrario, sea en beneficio de la posibilidad de reunificación del caserío en el seno del patrimonio familiar (en este caso, por referencia primordialmente solo al edificio, a partir del cual pueda luego avanzarse o no en la explotación agro-ganadera o silvícola), parece coherente estudiar la posibilidad de adaptar o reforzar estas figuras. Para lo cual, entendemos, es evidentemente existente el requisito de conexidad, desde un posible desarrollo y complemento de la institución de la saca foral, vinculada a la troncalidad y al régimen de transmisión del caserío en Gipuzkoa, cuyo objetivo era el del mantenimiento

de la indivisibilidad del caserío con el objetivo, precisamente, de favorecer la que en aquel caso era la actividad principal y sustento de la familia: la agrícola, ganadera o silvícola[cxxii].

En tal sentido, sería deseable contar con datos más fiables sobre el verdadero uso que se está dando a estas figuras y, por tanto, sobre su utilidad real o marginal, para alcanzar el fin pretendido, en relación con la evitación de la fragmentación de las fincas y, particularmente, de las explotaciones agrícolas sitas en ellas. Indirectamente, podríamos extrapolar cierta relación entre la mayor o menor fragmentación de las fincas con el número y la diferencia relativa anual entre segregaciones y agregaciones que se producen en cada territorio, al punto de lo cual la estadística notarial sí aporta datos.

3.3.1.2 Las servidumbres

Otro de los aspectos de los "principios de derecho patrimonial" recogidos en la LDCV que ha resultado más o menos polémico (a la vista de las dudas que ha generado en alguna doctrina, y de las resoluciones judiciales que ha motivado) es el de las servidumbres. Y, particularmente, la recepción en la LDCV, en el marco "De los principios de derecho patrimonial" incluidos en el Título I de la Ley, de la usucapión como forma de adquisición de la servidumbre de paso, recogida en el artículo 14.1[cxxiii].

Mediante este precepto el legislador vasco extiende a todo el territorio y a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca el ámbito de aplicación de este instituto jurídico que, hasta la entrada en vigor de la Ley del Parlamento Vasco 5/2015, restringía su aplicación al fuero del derecho civil de Bizkaia, en virtud de lo dispuesto por el Título VI (artículos 128 a 130) de la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio.

El propio Tribunal Superior de Justicia se ha pronunciado sobre este particular[cxxiv], advirtiendo que "el principio del derecho civil propio del País Vasco que permite la prescripción adquisitiva de la servidumbre voluntaria de paso mediante su posesión pública, pacífica y no interrumpida durante veinte años debe entenderse como una opción de política legislativa diversa y contraria a la que se expresa en la prohibición de adquisición por usucapión de las servidumbres discontinuas, sean o no aparentes, que se recoge en el artículo 539, en relación con el artículo 537, del Código Civil". Esta discordancia con el principio general de Derecho civil común, así como el alcance que, a la vista de ello (y de la parca regulación contenida por el particular en la LDCV) deba darse a la remisión normativa supletoria a la regulación del Código Civil que, en defecto de ley o de costumbre foral aplicable, efectúa el artículo 3.1 LDCV, es analizada *in extenso* en la citada sentencia. Sentencia que viene finalmente a concluir que "aprovechan a la

adquisición por usucapión de la servidumbre de paso los actos de carácter posesorio ejecutados por el poseedor en concepto de titular del derecho de utilización del paso aun cuando concurran con una eventual voluntad de mera tolerancia del dueño del predio sirviente siempre que no se acredite que dicha voluntad haya sido conocida y aceptada por el poseedor".

Junto con la anterior, encontramos también un número relativamente importante de sentencias de las Audiencias Provinciales (hasta 5 sentencias en el periodo analizado, lo cual no es poco en comparación con las que hemos incluido en este apartado relativo al Derecho patrimonial) que abordan esta misma cuestión, así como otras vinculadas a la misma, en relación siempre con la regulación de las servidumbres en la LDCV. Así, por ejemplo, se abordan cuestiones como el aprovechamiento de la posesión de la servidumbre iniciada antes de la entrada en vigor de la Ley[cxxv] y la cuestión de falta de ajenidad cuando finca antes era una sola[cxxvi], las características que ha de reunir la posesión para poder aprovechar a la usucapión (poseer en concepto de dueño, de forma pública o no ejecutada de espaldas del dueño de la cosa, continuada o no interrumpida, pacífica y debiendo tenerse en cuenta que la simple detentación de una cosa o el ejercicio o disfrute de hecho por mera tolerancia de su dueño no puede beneficiar a quien la ejercita a los efectos de usucapión)[cxxvii], o la relación del derecho a usucapir la servidumbre en Derecho civil vasco con el carácter público o privado de los caminos de servidumbre, el carácter forzoso o voluntario de la servidumbre y la posible acción de extinción de servidumbre[cxxviii]. Todo lo cual, nos atrevemos a sugerir, podría ser objeto de un más acabado desarrollo, que reflexionara también respecto a la relación de este precepto con el derecho de paso de los particulares para usos no lucrativos que también reconoce el artículo 15 LDCV.

Dicho todo lo anterior, a la vista de los datos obrantes en el índice único notarial en relación con la constitución, modificación y extinción de servidumbres, no cabe, de momento, apreciar una tendencia o correlación clara entre la entrada en vigor de la LDCV en 2015 y el otorgamiento de escrituras sobre esta materia en Euskadi.

Si bien, en general (y ello es extrapolable también al conjunto del Estado), parece que desde 2008 a día de hoy la tendencia parece ser una relativa pero aparentemente sostenida reducción de este tipo de otorgamientos, el número de relativamente escaso de las escrituras otorgadas anualmente en Euskadi (entre 300 y 140 en toda la serie temporal, y entre 140 y 170 en los años desde la entrada en vigor de la LDCV) hace que no sea fácil identificar un patrón claro, ya que cambios pequeños (y probablemente coyunturales o casuales) en el número aparezcan en proporción como grandes variaciones anuales. Eso es lo que, por ejemplo, puede suceder con los datos relativos a 2015 y 2017, donde parece

haber grandes variaciones en Euskadi (de entorno al 22 y 26 %) por comparación a la tendencia general del Estado (de entre el 4 y el 9 %).

3.3.1.3 El derecho de paso de los particulares para usos no lucrativos

También merece algún comentario el derecho de paso de los particulares para usos no lucrativos que reconoce 15 LDCV[cxxix]. Este artículo 15 LDCV, de hecho, motivó incluso una iniciativa ciudadana recibida en el seno del proceso de evaluación dirigida al Parlamento a través de sus grupos parlamentarios y directamente a esta Comisión de Derecho Civil Vasco[cxxx], y presentada a título individual por un grupo de ingenieros agrónomos y de caminos bajo el título "Ponencia Erromaria[cxxxi]". La "ponencia técnica", como ellos la denominaron, parte de recordar el fundamento del actual artículo 15 LDCV en la Ley VIII del Título XXXIV del Fuero nuevo de Vizcaya de 1526[cxxxii], incluyendo tanto citas doctrinales y referencias de Derecho comparado en apoyo de una propuesta de redacción o modificación del mismo.

Con todo ello, se apuntan a varios problemas en relación con el artículo 15 LDCV. Por un lado, al uso espúreo de dicho artículo para justificar el cierre de caminos o sendas peoniles tradicionales, tanto en aquellos casos en los que el sendero respondiera a una servidumbre de paso particular, como a caminos o senderos de uso público, especialmente cuando no están incluidos en el correspondiente inventario municipal (lo que sucede, dice la iniciativa ciudadana, con muchísima frecuencia). Estos cierres serían particularmente problemáticos cuando se hacen sin guardar medidas que faciliten el paso, como son los jalones o peldaños en muros, o las portezuelas o similares en vallas, que puedan utilizarse o abrirse por cualquier viandante… estas medidas, siguiendo una "tradición inveterada", permitirían cerrar la finca sin impedir el paso, en la mayor parte de casos en que los senderos estuvieran reservados para el uso peatonal, e incluso el de bicicletas o "animales de herradura" (en aquellos caminos aptos para ello).

Por otro, los comentarios de la iniciativa ciudadana apuntan también al recurso al mismo artículo para justificar el paso de vecinos o extraños, en cualquier momento o lugar, por heredades ajenas, con independencia de que exista o no otra servidumbre, sendero o vía de paso alternativo y desautorizando la posibilidad de dueños o poseedores a oponerse al mismo. Paso este que resulta especialmente problemático tanto cuando devenga reiterado, como cuando pretenda o pueda llegar a modificar el trazado de los pasos preexistentes o llegase a afectar a la intimidad y al entorno inmediato de la vivienda. Todo lo cual se apunta a la vista de la creciente urbanización del mundo rural y la necesidad de conciliar valores y expectativas procedentes de ambos espacios, en la medida en que

gracias a las facilidades de movilidad propias de nuestro entorno, profesionales urbanos que no se dedican a las labores tradicionales del caserío, pero con otras expectativas de intimidad, optan por mantener o mover su residencia cada vez en más número a lo que hasta hace poco era ámbito rural.

Originalmente entendemos el artículo 15 LDCV como vinculado a heredades más o menos amplias dedicadas al cultivo, al pasto[cxxxiii], o a la silvicultura, propias del mundo rural. A ello parece apuntar tanto su regulación casi inmediatamente posterior a la definición del caserío en términos parecidos, como el empleo del término "heredad" que según la primera acepción de la Real Academia de la Lengua (RAE) se refiere a una porción de terreno "cultivado" perteneciente a un mismo dueño, y la propia referencia del artículo al deber de "respetar los cultivos". También entendemos que el derecho de paso accidental, al estar vinculado al derecho al cierre de la heredad (que habría que distinguir claramente de un inexistente derecho a impedir el uso de caminos, sendas o servidumbres de paso) como contraposición o compensación al mismo, debe entenderse como asimilable al paso libre por una heredad abierta y como último recurso para el caso en el que, cuando la misma se vaya a cerrar o acotar, no exista un paso alternativo o este se encuentre temporalmente inhabilitado. No obstante, en la medida en que "heredad" también se refiere, con un carácter más general, a toda hacienda de campo, bienes raíces o posesiones de terreno, independientemente de que esté cultivado o no, y que el artículo no se refiere con claridad al carácter rural de la heredad, otras interpretaciones siguen siendo posibles, por lo que no estaría de más una matización o aclaración por vía legislativa.

En esta línea, determinadas interpretaciones sobre el alcance de este derecho de paso no lucrativo podrían no sólo ahondar en las polémicas en las que ya se encuentra inmersa la prescripción adquisitiva de la servidumbre voluntaria de paso, de la que ya hemos hablado en relación con el artículo 14 LDCV, sino incluso colisionar con derechos y valores constitucionales vinculados a la integridad moral, intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Así sucedería por ejemplo si se pretendiese aplicar este precepto a aquellos terrenos, urbanos o no, generalmente anejos a la casa[cxxxiv], que (con o sin algún microcultivo ocasional y totalmente accesorio) pueden ser definidos como domicilio porque están básicamente destinados al desenvolvimiento de la vida íntima de los moradores[cxxxv]. Ciertamente, el apartado segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen especifica que "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley", como podría ser, a menos en apariencia, la que autoriza el artículo 15 LDCV. Sin embargo, el apartado primero matiza esa delimitación o posible autorización legal al especificar que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por

las leyes y por los usos sociales *atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*" .

Y, por otro lado, la jurisprudencia (en este caso penal, en relación con el tipo de allanamiento de morada)[cxxxvi] ha dejado ya sentado lo que, a los efectos del tipo penal (y, por tanto, con proyección sobre la definición civil), deben entenderse por morada, comprendiéndose dentro de la misma y estando dotadas por tanto de especial protección, no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias (jardines, terrazas, cenadores...) constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar. Por lo tanto, de vulnerarse mediante la irrupción de extraños en ellos, la invasión o paso por esos anejos implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley. Es decir, tutelada en este caso por el Código Penal, que por su carácter de Ley Orgánica en materia reservada al Estado, no puede ser modificado por la LDCV.

Esta posible consideración de matizaciones al derecho de paso no lucrativo, y su limitación en defensa frente al allanamiento, podría incluso, sin recurrir al auxilio del derecho penal, encontrar antecedentes propios del mismo Derecho civil vasco, ya recogidos hasta en el mismo Fuero. El derecho del dueño, o incluso del poseedor legítimo, a oponerse al paso y hacer valer su voluntad, no se cuestionaba en ningún momento, tanto en la propia Ley VIII del Título XXXIV del Fuero nuevo de Vizcaya de 1526 que se citaba como antecedente de este artículo 15 LDCV (ya que el literal del Fuero, junto al reconocimiento del derecho de paso accidental, mantiene el derecho del propietario presente a oponerse al mismo, so pena de multa a quien pase contra su voluntad), como en otras partes del mismo[cxxxvii]. Leyes estas, como decimos, también recogidas en el Fuero, las cuales, por otro lado, impedirían también, en concreto, el uso reiterado del derecho de paso no tolerado para adquirir un derecho de paso permanente a través de la prescripción, al sancionar el allanamiento contra la voluntad del dueño o poseedor no solo con la indemnización del daño, sino específicamente con la pérdida de cualquier derecho adquirido o que se pretendiera adquirir.

Con base en todo ello, nos atrevemos a apuntar la conveniencia de reflexionar sobre la posibilidad de revisar la actual redacción de estos preceptos (artículos 14 y 15 LDCV) y las posibles lecturas conjuntas de ambos. Y, en particular, respecto a este artículo 15 y el derecho a paso no lucrativo, basado en el derecho de paso accidental recogido originalmente en el Fuero y a su proyección actual.

3.3.1.4 Los arrendamientos rústicos

En cuanto a los arrendamientos rústicos a los que se refiere el artículo 13 LDCV, poco podemos decir, dada la completa ausencia de jurisprudencia que ayudase a concretar de alguna manera (mediante el recurso, quizá, a la costumbre o los principios generales como fuentes con las que integrar la laguna legal) las "características especiales" que esta institución ha de tener en el Derecho civil vasco, a las que de modo vago e impreciso se refiere la LDCV, que se limita a remitirse a una ley especial.

Como somera referencia, y justificación de la existencia de esas peculiaridades, podemos traer efectivamente a colación la existencia de una práctica secular y diferenciada en la celebración de este tipo de contratos, no recogida en ninguna ley pero vigente por aplicación del uso, que motivó, por ejemplo, que la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 (que estuvo vigente hasta 19 de febrero de 1981, fecha en que entró en vigor la disposición final derogatoria de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos) incluyera una adicional que certificaba que la misma regía en todo el territorio nacional, con la única excepción de las normas aplicables a los bienes comunales en Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya[cxxxviii] que *conservarán su régimen jurídico*. Además de respecto de los bienes comunales, esas prácticas diferenciadas también tenían características y peculiaridades propias en relación con los bienes particulares, como ha demostrado la doctrina[cxxxix].

Dicho lo anterior, es evidente que ni la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Álava, ni la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos[cxl], ni Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, disponen ninguna previsión singular en relación con los arrendamientos rústicos vascos. Sin embargo debemos entender que esa práctica consuetudinaria sí pervivió y es reconocida en el artículo 126 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco[cxli] y por el artículo 13 de la LDCV de 2015[cxlii]. Por ello, de seguirse la recomendación de abordar el desarrollo del contenido de este título mediante una ley de derecho patrimonial, podría igualmente recogerse el reto de abordar el desarrollo al que llama este artículo 13, atendiendo a los trabajos doctrinales existentes[cxliii] y a las posibles especialidades que pueden darse en este territorio con respecto a la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, dotando a la figura de un contenido sustantivo. Del mismo modo, nos atrevemos a apuntar la necesidad de vincular también, en este caso, los arrendamientos rústicos, a cualquier precisión que

pudiera hacerse en una tal ley de derecho patrimonial en relación a los retractos legales o su prelación, cuestión ésta a la que luego prestamos más atención.

3.3.1.5. Especiales consideraciones sobre la troncalidad y la transmisión del caserío en Gipuzkoa.

3.3.1.5.1. Enajenación de bienes troncales a título oneroso: derecho troncal de adquisición preferente y saca foral.

Como hemos advertido en el apartado dedicado al Derecho sucesorio, por medio de la troncalidad, la norma reconoce como principio y valor a preservar que la propiedad de los bienes raíces es troncal, familiar, colectiva y que a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio y la familia troncal. Este principio troncal es el que da forma a esta propiedad en cierto modo común, de forma que la troncalidad vincula los bienes en la familia estableciendo un interés solidario, y creando una especie de comunidad.

El profesor CELAYA IBARRA, siguiendo la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1962 que afirmaba que la vinculación de la raíz vizcaína a la familia vizcaína, nos la presenta como una limitación de la facultad de disponer muy amplia y una cualidad inherente a la propiedad, que está presente en todo acto de enajenación, protege el carácter familiar del patrimonio y obliga al titular de los bienes raíces a disponer de ellos respetando los derechos preferentes de adquisición de los parientes tronqueros.

Para la defensa de ese principio, la norma dispone una serie de mecanismos de defensa, tanto para las transmisiones a título gratuito o lucrativo (tanto inter vivos, como mortis causa) y las producidas a título sucesorio, como para las enajenaciones producidas a título oneroso inter vivos. Por lo que se refiere, en concreto, a las enajenaciones de bienes troncales a título oneroso, los artículos 72 a 87 LDCV regulan los derechos troncales de adquisición preferente, donde se van a reiterar la protección, los efectos y el procedimiento a seguir para su defensa.

Resulta interesante destacar algunos aspectos que se observan en la aplicación práctica de las disposiciones contenidas en estos artículos, a saber:

Los parientes tronqueros disponen de un derecho troncal de adquisición preferente[cxliv] cuando se pretenda enajenar bienes troncales a título oneroso a favor de extraños a la troncalidad o a favor de un pariente tronquero preferente de línea posterior, según el artículo 72 LDCV. Además, se mantiene la posibilidad de renunciar a este derecho en cualquier tiempo si bien, si el titular no lo transmite en un año quedaría sin efecto.

Así mismo, se establece un orden de preferencia de las distintas líneas:

1) Línea recta descendente;

2) Línea recta ascendente y

3) Los hermanos/as y los hijos de los hermanos fallecidos, si concurren con aquellos.

Y dentro de cada una de ellas, el pariente más próximo excluye al más remoto, según el artículo 73 LDCV, y si son del mismo grado será preferente quien esté en derecho de posesión de la finca y, en caso contrario, por sorteo ante notario.

Cuando la enajenación incluya varias fincas, el pariente tronquero podrá ejercitar su derecho respecto de una o varias de ellas, salvo si se trata de un caserío con sus pertenecidos[cxlv], ya que deberá adquirirlo en su conjunto como una unidad de explotación, según artículo 75 LDCV.

Finalmente, se mantiene la excepción al derecho troncal de adquisición preferente, limitando sus efectos, de forma que la saca no se aplicaría en función de la clasificación urbanística de los terrenos en los que radique la finca, según el artículo 74 LDCV, a saber: Cuando la enajenación trate de finca sita en suelo urbano o urbanizable sectorizado[cxlvi]. La limitación afecta a todos los términos municipales de la CAPV (aunque, al ser la troncalidad exclusiva de Bizkaia y parte de Araba, es ahí donde se manifiesta) y el criterio es dinámico y creciente: la ampliación de la clasificación de este tipo de suelos reduce la aplicabilidad de la saca foral y las limitaciones por ella impuestas para las transmisiones onerosas.

Para eludir el riesgo de ejercicio de la saca foral, el propietario de un bien troncal que desee realizar un acto de enajenación a título oneroso deberá informar previamente a los

parientes tronqueros mediante los llamamientos forales, como garantía de su derecho troncal de adquisición preferente sobre dicho bien, según artículo 76 LDCV. Al efecto se establece un procedimiento para realizar dichos llamamientos, y todas las actuaciones se deben recoger en acta notarial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 76 a 82 LDCV.

Por el contrario, si un bien raíz resulta enajenado a título oneroso por su titular sin realizar los correspondientes llamamientos forales, los parientes tronqueros podrán ejercitar la acción de saca foral para su anulación y adjudicarse la finca, según el artículo 83 LDCV es decir:

- Sobre un bien raíz enajenado sin previo llamamiento foral, o si el llamamiento ha sido erróneo, incompleto, falso o se ha realizado la transmisión en condiciones distintas a las anunciadas,
- Ejercitando la acción de saca foral para anular la enajenación y adjudicarse la finca, de forma que constituye una sola acción con dos fases
- Ejercida por cualquier pariente tronquero, al estar todos ellos legitimados para actuar en juicio declarativo
- Dirigiendo la acción contra el enajenante, el adquirente y cualquier otro titular de derechos inscritos posteriores a la enajenación
- En un plazo de ejercicio de tres meses desde el conocimiento de la enajenación y, en todo caso, desde la inscripción en el Registro de la Propiedad

La sentencia que estime la acción de saca foral debe anular la enajenación y todas las consecuencias producidas[cxlvii]. Consiguientemente, ordenará realizar una nueva enajenación a favor del tronquero demandante, cuyo precio deberá ser fijado en juicio de forma contradictoria. El adquirente de la enajenación anulada, y otras posibles cargas inscritas, tendrán preferencia en la nueva adjudicación para recuperar el dinero abonado. Y la ejecución de la sentencia debe ser solicitada en el plazo de tres meses ya que, en caso contrario, quedará convalidada la enajenación.

En cuanto a su efectiva aplicación práctica por la jurisprudencia, que merezca destacar, nos encontramos una resolución del TSJPV que estima la acción de saca foral que se articulaba en el recurso presentado contra la sentencia de instancia y, además, dicta doctrina casacional sobre la enajenación de un caserío, haciendo hincapié en la importancia del elemento funcional ("caserío")[cxlviii].

3.3.1.5.2. La localización sistemática en la Ley y su consiguiente naturaleza

En la LDCV, la troncalidad vizcaína (y las limitaciones a la transmisión del caserío guipuzcoano, regímenes que, por las razones aquí apuntadas, entendemos tienen grandes similitudes) se regulan y conceptúan, inicialmente, como parte "de las limitaciones a la libertad de testar" (capítulo segundo del título II), junto con la ordenación de la legítima y la libertad de testar en el valle de Ayala en Álava[cxlix].

Esta conceptuación exclusivamente "sucesoria" de las limitaciones impuestas desde la ordenación de la transmisión de determinados bienes (caseríos y bienes raíces, entendidos estos como bienes esencialmente inmuebles), en lugar de definirlas como principio de Derecho patrimonial de alcance general, podría bastar para abarcar todo su alcance en el caso de Gipuzkoa[cl], donde estas limitaciones sí se circunscriben al ámbito sucesorio y a la transmisión mortis causa. Pero, en el caso de Bizkaia, esta conceptuación de la troncalidad sólo como "limitación a la capacidad de testar", circunscrita por tanto al ámbito sucesorio, podría no abarcar todo el posible alcance de la institución. Y ello, porque la troncalidad tiene una derivada, la de los "derechos troncales de adquisición preferente" o saca foral (subsección segunda de la sección que tercera de dicho capítulo segundo), que no se limita a las transmisiones mortis causa, sino que se proyecta también a las transmisiones inter-vivos, cuestión esta que merece algún comentario.

Al contrario que la Ley 3/1992, que trataba en dos títulos separados la troncalidad (regulada en el título II del Libro Primero) y su proyección y defensa en las transmisiones inter vivos a través de "la saca Foral y demás derechos de adquisición preferente" (en el título V del Libro Primero), la LDCV incluye toda la regulación de la troncalidad y sus consecuencias, tanto en el plano sucesorio como en el de los derechos de adquisición preferente en las transmisiones inter vivos, dentro de una sola sección, Sección tercera "de la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio", compuesta de dos subsecciones. Este cambio lo entendemos acertado. Sin embargo, toda esa sección tercera se encuentra inserta en el Capítulo segundo "de las limitaciones a la libertad de testar". Y ahí radica la diferencia con respecto al régimen anterior. De hecho, en la Ley 3/1992 la troncalidad no se hallaba supeditada a la cuestión sucesoria (regulada en el título III del Libro primero), sino que venía regulada en sendos títulos propios y diferenciados de los sucesorios, pues como ya hemos advertido antes al apelar a en su exposición de motivos "se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, *en los actos «inter vivos»* o «mortis causa», a título oneroso o lucrativo". Lo cual era también ratificado por la jurisprudencia[cli].

En concreto, y sin perjuicio de su fuerte proyección en el campo sucesorio, a través de la saca foral[cliii], la troncalidad se muestra claramente como una institución con proyección general sobre todas las transmisiones patrimoniales, y no sólo, como limitación, sobre las producidas mortis causa. Y precisamente, a la vista del análisis jurisprudencial realizado, podría decirse incluso que la troncalidad presenta mayor vitalidad y fortaleza, en su proyección en las transmisiones inter vivos o saca foral, que en el ámbito del Derecho sucesorio. O al menos una mayor litigiosidad:

De nuestro análisis se deriva que casi la mitad de las resoluciones que tratan de la troncalidad, son sobre la saca foral. De las 13 sentencias sobre troncalidad dictadas desde 3 de octubre de 2015 a 31 de diciembre de 2018, 5 se refieren a la institución de la saca foral, y de estas todas, menos una, tratan de su aplicación inter vivos. Esta tendencia es coherente con la que hemos detectado, aún de forma más marcada, en relación con la jurisprudencia de 1992 a 3 de octubre de 2015. Nada menos que 18 de las 31 resoluciones de la Sala de lo Civil y Penal del TSJPV sobre materia foral que hemos detectado, mencionan de una u otra manera la cuestión de la troncalidad. De esas 18, nada menos que 11 lo hacen en relación a la institución de la saca foral, más de la mitad de todas las que se refieren a la troncalidad. De esas 11, por su parte, 8 lo hacen respecto de la aplicación inter vivos y sólo 3 en relación con su aplicación mortis causa. No obstante, para certificar o negar la ligera "revitalización" de los derechos troncales de adquisición preferente que el aumento de sentencias al respecto apuntaría, no tenemos estadísticas sobre el ejercicio efectivo de los derechos de adquisición preferente[cliii]. Ni sobre la saca foral, ni sobre otros derechos de adquisición preferente como el retracto de comuneros, de colindantes, de arrendatarios rústicos o de explotaciones prioritarias... a los que luego nos referiremos. Ese dato sería de gran utilidad, no solo desde la perspectiva del Derecho civil vasco, vinculada a la saca foral, sino también a la hora de estudiar la utilidad de estas instituciones para los fines que se proponen, como el de evitar la progresiva fragmentación de las explotaciones agrícolas, o su posible repercusión a la hora de frenar la transmisión de terrenos e inmuebles, o para determinar una adecuada prelación entre estos derechos.

3.3.1.5.3. Revisión o reinterpretación de su función social

Como no nos cansamos de repetir, a través de la troncalidad (o de las normas sobre transmisión del caserío en Gipuzkoa, con las que guarda relación. No podemos olviar que, históricamente, también en Gipuzkoa existió y se aplicó la troncalidad, hasta que los escribanos venidos de Castilla generalizaron otra modalidad sucesoria, siendo las vigentes normas sobre el caserío un vestigio o remanente de aquella institución en Gipuzkoa[cliv]) se

protege el carácter familiar del patrimonio y, con ello, a la familia troncal. Y, por patrimonio, debemos entender esencialmente patrimonio inmobiliario, que es el que entra dentro de la definición de que son los "bienes raíces"[clv], especialmente en cuanto hagamos referencia a bienes raíces en suelo rústico[clvi] que funcionen como unidad de explotación[clvii]. Lo mismo puede decirse, con mayor claridad si cabe, respecto de las normas guipuzcoanas sobre el caserío. En ambos casos nos encontramos ante los que la doctrina ha denominado "propiedades vinculadas". Lo que encuentra su razón de ser en cuanto es dicho patrimonio vinculado a la tierra como elemento de producción el que habría de servir de sustento del núcleo familiar en una sociedad de raigambre rural.

Debe entenderse que ambas instituciones provienen de un tiempo en que el patrimonio inmobiliario (la tierra) era el primordial factor productivo y, al proteger ese patrimonio, lo que se pretendía no era amortizar la tierra, sino que lo que se estaba protegiendo era el patrimonio productivo de la familia. Este elemento "funcional" de la troncalidad o del caserío guipuzcoano, entendido como la defensa de la unidad de explotación familiar, está aún presente, de manera expresa, en la regulación de este último, vinculándola a la propia definición de caserío en la LDCV[clviii]. Y aunque en el caso de la troncalidad vizcaína la defensa del patrimonio familiar ha tendido a abstraerse y separarse progresivamente de dicho elemento, centrándose en la naturaleza "raíz" o inmobiliaria del bien, también subyace a la lógica de esta institución de tal manera que, aún hoy, como ya hemos visto, influye en su regulación e interpretación jurisprudencial[clix].

Por otro lado, puesto lo anterior en relación con las consideraciones vertidas en torno a la desagrarización y la crisis del caserío como institución que antes hemos referido, esta limitación de su alcance nos obliga a plantearnos si, más allá de la función de garantía de pervivencia del caserío como principal patrimonio familiar que esta institución de la troncalidad todavía está llamada a cumplir en aquellos pocos casos en los que se opta por mantener la explotación agrícola en el caserío (de forma más necesaria o determinante que nunca, quizá), desde otro punto de vista, la sociedad puede encontrar o no otra utilidad o función diferente.

Ya hemos comentado, al tratar el caserío, que cada vez con mayor fuerza se está observando que, del caserío-explotación pasamos, en muchos casos, al caserío-residencia[clx], de forma que mientras el sector agrario aboga por explotaciones viables, "caseríos fuertes", una parte creciente de la población demanda "caseríos bonitos": un caserío-chalet al gusto y medida de la familia urbana.

En tal sentido, esas pretensiones propias de una sociedad más urbana chocan con la tierra amortizada[clxi], situando de nuevo la troncalidad en Bizkaia y (más limitadamente) las limitaciones a la transmisión del caserío en Gipuzkoa, en una perspectiva pesimista como

la antes referida por cita de las leyes que han venido a regularla, cada vez de manera más acotada. Es decir, actuando exclusivamente como como "trabas añadidas" a la transmisión y adquisición de los caseríos y bienes inmuebles en tierra llana fuera del círculo de la familia troncal, o del caserío en Gipuzkoa. En este sentido, la troncalidad y la protección de caserío guipuzcoano, aunque a la vista de los números sobre transmisiones de inmuebles rústicos que antes hemos analizado no parezcan ser un factor determinante en la amortización del suelo y la congelación del cambio de manos, la filosofía que los inspira tampoco estaría alineada o acompasada con una mayor liberalización del suelo.

Si, por el contrario, nos propusiéramos no sólo mantener, sino más correctamente actualizar estas instituciones forales patrimoniales (destacadamente, la troncalidad, la saca foral y las normas de transmisión del caserío) para "dar forma nueva, adaptar al mundo de hoy, el viejo Derecho Foral" y "[...] en la idea de mantener vivo y aprovechar el legado del Derecho tradicional y consuetudinario, pero con la vista puesta en el mundo de hoy [...]"[clxii], a la vista del proceso de desagrarización que venimos comentando, parece bastante evidente que es necesaria una reflexión en profundidad sobre su actual repercusión económica y sobre la función que, originalmente, estaban llamadas a ejercer. Y sobre cómo esa función puede favorecer mejor a los vascos y las vascas de hoy.

Y de cara a esa reflexión, como modelo alternativo y antecedente (además de como ampliación del objeto de protección al que se puede dedicar esta institución) creemos conveniente recordar que, a pesar de la actual desagrarización, o incluso antes de ella, en nuestra historia el caserío no estuvo nunca solo. O al menos no lo estuvo en parte esencial de dicha historia.

Ya hemos explicado que la pluriactividad no representa ninguna novedad en el caserío, más bien ha supuesto siempre la continuidad de una larga tradición. Y las normas de defensa del patrimonio familiar no fueron tampoco únicamente aplicables al caserío, ni a las explotaciones agrarias. Por lo mismo, tampoco parece que sea conveniente anudar indefectiblemente la suerte del Derecho civil vasco, o de sus instituciones patrimoniales más representativas como son la troncalidad, la transmisión del caserío en Gipuzkoa, o incluso el principio de indivisibilidad del caserío y sus pertenecidos, a la suerte de la industria agrícola o ganadera del País, sea cual sea esta última. Al menos, no mientras se les pueda encontrar alguna otra utilidad o funcionalidad actual más allá de la que ejercen en el mundo rural.

Conviene, en este punto, pararse un poco en el importante papel que, en Euskadi, desempeñaron las ferrerías (principalmente) y otras protoindustrias como las moliendas o molinos, principalmente en los siglos en los que fue redactado el Fuero nuevo (siglos XV a XVII), para poder apreciar su relación con la troncalidad y las limitaciones a la transmisión

del patrimonio fuera del círculo troncal. Es importante por tanto señalar que, ya desde su gestación, no existiría un modelo único de caserío, una explotación que por sí misma garantizara la reproducción de la unidad familiar, sino que desde un inicio este se configuró, ya entonces, en lo que hoy día sería "un caserío pluriactivo". Efectivamente, más allá de la pluriactividad doméstica de otro tipo que por fuerza ejerció la población rural inmersa en las economías de subsistencia (pequeñas artesanías, otro tipo de bienes y servicios que se ofrecían paralelamente a la tarea agrícola principal de la casa…), en Euskadi y principalmente en los siglos XV a XVII el caserío se configura a la par que la ferrería, sin que entre uno y otra quepa hablar de segregación espacial. Más bien al contrario, pugnando incluso por el aprovechamiento del mismo territorio, ya que salvo en aquellos oficios vinculados a las fases de transformación que podían prescindir de la energía hidráulica, las restantes actividades relacionadas con el hierro eran eminentemente rurales[clxiii]. El esplendor de la industria del hierro en el siglo XVI pudo contribuir a hacer viables caseríos más pequeños, o acaso explotaciones que fueran meros complementos a actividades económicas distintas de la agraria y, por la importancia económica y social que tuvo, no deberíamos desdeñarlo al tratar de entender la funcionalidad y naturaleza de las instituciones que, como la troncalidad o la transmisión del caserío guipuzcoano, surgieron para proteger el patrimonio productivo del que dependía la subsistencia de la familia troncal.

La siderurgia, fue nada menos que el principal pilar sobre el que terminó por consolidarse en el siglo XVI la estructura económica vasco-atlántica, de acuerdo con una compleja división internacional del trabajo. Aunque a finales de ese siglo XVI comienza a tambalearse debido a los mayores costes de las manufacturas vascas, consecuencia de la carestía de la mano de obra provocada por el alza de los precios hispánicos y del encarecimiento de las subsistencias que necesariamente habían de importarse, los excepcionales recursos con los que contaba el territorio (muy en particular la bondad de la vena de Somorrostro) permitieron mantener la ventaja durante todo el siglo XVII, siquiera en la fabricación de "tocho". Hecho este que fue reforzado posteriormente, con la introducción de ciertas innovaciones técnicas y, sobretodo, el establecimiento de medidas proteccionistas para los hierros vascos en el mercado peninsular y colonial (en América y otros lugares del imperio), todo lo cual propició un notable reforzamiento de la producción ferrona hasta los años setenta del 1700[clxiv]. Tal es así, el ferrón es en Bizkaia el sector más importante de la economía para 1770[clxv]. Este importante revulsivo (aunque luego fue progresivamente perdiendo fuelle[clxvi]), permitió durante un largo periodo de tiempo, una expansión de la economía campesina y con ella la del caserío, que tuvo como consecuencia el pujante crecimiento demográfico en aquella época, que hubo de resolverse también mediante el recurso a la emigración ultramarina, agudizada a partir del siglo XVIII.

Tales establecimientos (moliendas y, sobre todo, ferrerías) precisaban, para su funcionamiento, además de un número, al parecer no muy elevado de personal especializado y directamente implicado en la transformación del mineral, de una ingente cantidad de mano de obra, que se dedicaba al carboneo y al acarreo del combustible y el mineral a las ferrerías, así como del producto ya elaborado hasta los puertos. Debido a ello, por lo menos para el siglo XVI, "se ha estimado que hasta un 30% de la población del país trabajaba en torno a la industria ferrona"[clxvii]. Y, por la inversión que requerían, a menudo no respondían a una propiedad única, sino que era de lo más habitual que la propiedad estuviera establecida en pro indiviso o parciones, de lo cual da cuenta el mismísimo Fuero Nuevo de Bizkaia[clxviii]. Propiedad parcionada o en pro indiviso a la que, no por este hecho de dividirse en parciones ideales, le dejaba de ser de aplicación el juego de la troncalidad y la saca foral[clxix].

Por ello consideramos que, más allá de la eventual posibilidad de incidir en el ámbito territorial de aplicación de estas instituciones patrimoniales que son la troncalidad o la protección de caserío en Gipuzkoa, ampliando la protección a todo el territorio de la CAV si realmente se creyera en su utilidad y se pensara en revitalizarlas, una primera consideración esencial debería apuntar a que la funcionalidad original de ambas instituciones (el caserío guipuzcoano y la troncalidad vizcaína) no era otra que la de garantizar la indivisibilidad y permanencia en el seno de la familia del patrimonio troncal, es decir, de los bienes raíces que principalmente conforman el patrimonio familiar. Pero no entendiendo los bienes raíces en cuanto que inmuebles, como en cuanto que medios de producción que habían de garantizar el sustento familiar. Y no sólo en cuanto a las explotaciones agrícolas, sino también en cuanto a las empresas familiares de otro tipo, incluyendo por lo menos las industriales (como trasunto de lo que en su día pudieron ser las moliendas o las ferrerías), o incluso otras.

Debe igualmente tenerse en cuenta que hoy en día, con mucha mayor frecuencia, esos medios de producción (aun en aquellos casos en que hablamos de empresas familiares) se encuentran formalmente en manos de personas jurídicas, de las cuales solo indirectamente son propietarias las personas físicas, en tanto que propietarias de acciones o participaciones empresariales. Si bien no son más las empresas o establecimientos propiedad de sociedades, que las personas físicas titulares de establecimientos o negocios, el volumen que manejan las primeras excede por mucho, tanto en cuanto al valor de dichos establecimientos o negocios como en cuanto al número de trabajadores que emplean, lo que hace incontestable la anterior afirmación.

Si atendemos al número de establecimientos dedicados a alguna actividad económica en Euskadi, en función de su personalidad jurídica, las personas físicas siguen superando a

las sociedades y demás personas estrictamente jurídicas (94.532 personas físicas dedicadas a alguna actividad económica en 2018, frente a 79.317 empresas). Con ligeras variaciones, esto ha sido cierto desde que tenemos datos (2008). Centrándonos en el año 2018, por sectores de actividad, solo los de industria, energía y saneamiento, información y comunicaciones, las actividades financieras y de seguros y las actividades inmobiliarias, cuentan con más empresas que personas físicas establecidas. No obstante, esos números no nos deben engañar en cuanto a cuál de las dos formas de personificación (persona física o persona jurídica en sentido estricto) lleva el peso de la actividad económica y figura como titular de los contratos de empleo y los medios de producción. Ya que, con mucha diferencia, las personas estrictamente jurídicas son más grandes, controlan más medios y tienen, consecuentemente, más empleados. Ninguna persona física tiene en Euskadi más de 50 empleados, mientras que hasta 84 empresas vascas emplean a más de 500 personas. Incluso en el sector agro-ganadero y pesquero, hay por lo menos 9 empresas que tienen más empleados que cualquier persona física.

Ello determina que, en Euskadi, como en todos los países desarrollados, la mayor parte de las personas trabajen para sociedades y personas no físicas (con 756.723 personas empleadas por este tipo de establecimientos en 2018), más que directamente para personas físicas (en comparación, con solo 133.130 personas empleadas el mismo año, tomando por empleadas las que lo sean tanto por cuenta propia como por cuenta ajena). Esta tendencia se repite en todos los sectores de actividad, salvo, exclusivamente, en el sector de agricultura ganadería y pesca (con 7.212 personas empleadas por personas físicas frente a 5.200 personas empleadas por sociedades y otro tipo de personas jurídicas). Aunque, incluso en este sector de agricultura ganadería y pesca, la tendencia en los últimos años es que esa ratio se vaya invirtiendo, hasta un 42 % de personas empleadas por empresas frente a solo un 58% empleadas por cuenta propia o por personas físicas en dicho sector.

Esto, como es evidente, rompe la relación original entre la familia troncal y la propiedad real de los medios de producción, agraria o protoindustrial. La troncalidad y las normas de transmisión del caserío guipuzcoano, como medios de asegurar la permanencia del patrimonio productivo en el seno de la familia, actúan desde el Derecho civil vasco, además de sobre la premisa de que el bien inmueble (principalmente el caserío) es el principal patrimonio familiar, sobre la premisa de la propiedad directa sobre el mismo de las personas físicas y sus familiares, también tomados como personas físicas.

Es decir, sobre la base de una idea de la empresa y de la relación dominical sobre la misma propia de la concepción foral de los bienes raíces, que no contemplaba la interposición de

personas jurídicas como propietarias ficticias de esos bienes, de los que el propietario de la empresa es quien tiene, en realidad, el control último y real.

Y, sin embargo, está fuera de toda duda que actualmente la propiedad de los medios de producción (familiar o no) está formalmente, cada vez con mayor habitualidad, en manos de sociedades y personas jurídicas, mientras que lo único que está en manos de las personas físicas (de cada pariente tronquero), no son sino títulos abstractos (acciones o participaciones). Títulos mobiliarios que, aunque vinculados a parciones, pro indivisos o porciones ideales de la empresa y de los medios de producción reales de los que esta es propietaria, no tienen la consideración de bien raíz conforme a los estándares actuales de la Ley[clxx], porque la propiedad de la persona física (eventual pariente tronquero) no alcanza directamente los derechos reales y bienes inmobiliarios de los que sólo dicha empresa es la titular directa, y la empresa, por definición, no puede ser tronquera.

Ello ha propiciado que, algunos actores (ya con ocasión de la aprobación de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa), se plantearan la extensión de la institución (en aquel momento, relativa a la transmisión de la propiedad del caserío) a otro tipo de sectores, incluido el industrial y, muy particularmente, con la mirada puesta en las empresas familiares (no sólo agrícolas)[clxxi]. Del mismo modo, cabría extender la consideración de bien raíz, no sólo a los inmuebles (y sus aperos y pertenecidos, afectos a la explotación), sino a las participaciones, acciones y títulos mobiliarios abstractos que, mediatamente, permiten a las personas físicas mantener la propiedad sobre los medios de producción (incluso de aquéllos como fábricas, almacenes, terrenos,... que están vinculados a la tierra y que, de otra manera, tendrían la consideración de bienes raíces) controlados por las empresas y, muy singularmente, las empresas familiares.

Con ello se podrían favorecer dos objetivos igualmente deseables. Por un lado, se daría cauce al objetivo de favorecer la permanencia del patrimonio productivo en el seno de la familia troncal, propio de la concepción original de esta institución, también en el caso en el que la propiedad directa de los bienes de producción recaiga directamente en una persona jurídica o sociedad interpuesta, adaptando así la institución de raíz foral a una concepción más actual de la propiedad industrial y productiva. Por otro, se conseguiría un mayor arraigo de esas empresas en el territorio, al anudar de forma más estrecha su propiedad a la familia, evitando primero posibles riesgos de pérdida de titularidad por compra por agentes externos (menos vinculados al territorio) y, en última instancia, una posible deslocalización de la empresa propiciada por ese cambio de titularidad.

En este punto, a falta de datos actuales sobre la situación de la empresa familiar a nivel de la Comunidad Autónoma (no hemos encontrado ninguna referencia específica al

respecto en la base de datos de Eustat) nos remitimos como referencia más cercana al Estudio efectuado en 2009 por la Universidad del País Vasco, en relación a la situación en Bizkaia[clxxii]. En aquel trabajo (sobre datos del Instituto Empresa Familiar) se afirmaba que la empresa familiar[clxxiii] podía representar el 75% del empleo privado en España (estimando que la situación sería parecida en Bizkaia), una facturación equivalente al 70% del PIB y el 60% de las exportaciones. Así mismo, estimaba que cerca del 70% cotiza en Bolsa. Por otro lado, otros estudios (como los últimos informes del Credit Suisse Research Institute[clxxiv]) apuntan a que las empresas familiares podrían tener no sólo una especial importancia por el volumen o la proporción del negocio que suponen en el conjunto de la economía, vasca o (en este caso) global, sino que pueden también tener ciertas ventajas con respecto a las empresas no familiares, que sustentarían un crecimiento más fuerte y rápido, mejor rentabilidad y mayor solidez financiera.

Dicho lo anterior, y como afirma también el citado estudio de la Universidad del País Vasco con respecto a la empresa familiar vizcaína y, por extensión, vasca, de modo similar a cómo la familia troncal aspira a traspasar la propiedad del caserío, la empresa familiar aspira a ser traspasada, cuando llegue el momento de la sucesión, sin que salga del seno de la familia. La vocación de una empresa familiar es traspasar los límites generacionales bajo el control de la familia, lo que supone tener que enfrentarse con una situación ineludible: la sucesión en la gestión y en la propiedad de la empresa.

Este traspaso es uno de los momentos críticos en la vida de la empresa familiar, ya que una de las causas más frecuentes de su muerte es la falta de planificación de la sucesión. Es en este momento cuando se pone de manifiesto uno de los principales problemas que acechan al futuro de la empresa familiar, el de su continuidad, lo cual está íntimamente vinculado con la conservación del paquete accionarial bajo el control de la familia. Los datos de dicho estudio constatan que ha sido en estos momentos cruciales de los distintos relevos generacionales de las empresas familiares, en los que la mortandad de éstas ha alcanzado su mayor magnitud[clxxv]. Partiendo de ahí, las mismas Cámaras de comercio[clxxvi] estimaban que un 21% de las mismas se encuentra sumida en el proceso de tránsito generacional, es decir, de sucesión en la dirección o la propiedad de la empresa. De las restantes (un 79,2%) en un 10,7 % de los casos se preveía que la sucesión se produciría en un plazo inferior a los 5 años y en el 19,5 %, entre 5 y 10 años. Siendo así, el estudio terminaba por concluir que la sucesión se planifica y se comunica tarde, y tan solo en reducidas ocasiones se instrumentaliza. En un 36 % de las empresas en proceso de cambio generacional, no existe un sucesor identificado en manos de quien se tiene previsto legar la empresa, y un 68,7 % no tiene definido ni instrumentalizado en un documento formal el proceso de sucesión. De esta manera, la sucesión de la empresa en el seno familiar se convierte en uno de los mayores retos que afrontan este tipo de empresas. Así mismo, en

ausencia de una defensa específica frente a la adquisición externa y pérdida de control de la empresa, la aversión a la pérdida de control de la propiedad en las empresas familiares deriva también en un factor que condiciona en muchas ocasiones el crecimiento de la empresa y la búsqueda de financiación.

En el lado positivo de la balanza, al tratar de las empresas familiares, los resultados obtenidos indican que son las empresas más asentadas en el mercado, tanto por su tamaño como por su antigüedad y generación, las que tienen, a priori, una mayor predisposición a mantener el paquete accionarial dentro de la familia. E, igualmente, estos resultados parecen confirmar la idea del alto compromiso y la visión de largo plazo de la empresa familiar, lo cual es más factible una vez superados los problemas relacionados con el traspaso de la propiedad y el relevo en la gestión.

Por todo ello, el estudio sobre la situación de la empresa familiar en Bizkaia viene a recomendar enfáticamente que, en el caso de las empresas familiares, la transmisión en la propiedad debe servir para reforzar el proyecto empresarial y mantener el control sobre el negocio, preferentemente dentro de la familia, por lo que (aconseja) debe ser un proceso debatido y consensuado por todos los integrantes de la familia empresaria y contar con el debido asesoramiento de expertos, que podrían incluirse en un "Protocolo Familiar". Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho civil vasco, esta recomendación merece ser analizada, también, desde la perspectiva de la posible función de las normas de Derecho civil vasco a la que podría este llamarse, de atenderse los desarrollos sugeridos de cara a ampliar la conceptuación de la troncalidad o de la regulación de la transmisión del caserío hacia necesidades propias de la empresa familiar.

Conviene por ello hacer un breve inciso para explicar en qué consisten estos "protocolos familiares"[clxxvii] y qué tipo de defensa habilitan a las empresas familiares de cara a ordenar la sucesión y favorecer la permanencia del paquete accionarial en manos de la familia. El protocolo familiar, consecuencia de su origen anglosajón, carece de definición legal en nuestro ordenamiento jurídico sin perjuicio de algunas, muy escasas, como la disposición final segunda, apartado 3 de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa, que se limitaba a habilitar al Gobierno para que reglamentariamente se establecieran "las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al registro mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción», desarrollo reglamentario que se concretó en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares[clxxviii]. Ese origen anglosajón, así como el objetivo de la figura se reconoce precisamente la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007 al decir que: «*La cultura del protocolo familiar, «shareholders agreement», se encuentra*

sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad.»

Sin embargo, el Real Decreto 171/2007 no regula como tal el protocolo familiar ni lo transforma en una institución jurídica normada, sino que sólo proporciona una definición del mismo a los exclusivos efectos de articular su publicidad en el registro mercantil. Así, el artículo 2.1 de dicho Real Decreto dice que: «A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad». Dado ese parco contexto normativo, conviene aclarar que cuando hablamos de "protocolos familiares", estamos ante una institución atípica sustentada en el propio consenso de quienes lo suscriben. En este sentido, al menos algunos de sus contenidos, podemos enmarcarlos dentro de la categoría de los pactos parasociales[clxxix], si bien, con fundamento exclusivo en la autonomía de la voluntad (dogma que sanciona para todo el ámbito del derecho privado los artículos 1091 y 1255 del Código Civil y para el ámbito mercantil el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital[clxxx] y que debemos considerar asimilado al principio de libertad civil en el Derecho civil vasco) los protocolos familiares pueden y suelen tener un contenido más amplio, múltiple y heterogéneo, comprendiendo tanto aspectos metajurídicos muy variados como otros propiamente jurídicos. Por ejemplo, es práctica de numerosos protocolos familiares el tratar de «imponer» en el protocolo familiar determinadas conductas jurídicas individuales a los miembros de la familia a los que pretende vincular, especialmente en el ámbito sucesorio (otorgar testamento u otro acto de última voluntad observando determinados criterios que establece el protocolo) o familiar (convenir determinado régimen económico matrimonial en caso de contraer matrimonio, pactar capitulaciones matrimoniales con pactos prenupciales para el caso de separación legal o divorcio u otros). Sin embargo, esta práctica, salvo que los miembros del grupo familiar acepten suscribir el convenio y el cumplimiento de este se pueda garantizar mediante cláusulas penales u otros medios de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, choca con los principios de libertad contractual y libertad de testar propios de nuestro ordenamiento. Por lo que cualquier regla o disposición del protocolo familiar que restrinja o limite dichas libertades de los miembros del grupo familiar es jurídicamente radicalmente nula y, por ende, carece de fuerza vinculante.

Por tanto, un elemento importante a subrayar, ya que no por evidente resulta superfluo hacerlo, es que el protocolo familiar es un convenio, y como tal convenio tiene mera eficacia «inter partes»[clxxxi] debiendo además ser aprobada su formulación inicial por todos aquellos a quienes pretende vincular. Cualquier regla en el mismo que contradiga lo expuesto (estableciendo por ejemplo para modificaciones ulteriores un régimen de mayorías de los iniciales suscribientes) debe tenerse (salvo que afecte a herederos de los iniciales suscribientes), incapaz de producir consecuencias jurídicas.

Así mismo, aunque el protocolo puede formalizarse por escrito e incluso recogerse en escritura pública (lo que añade al protocolo los valores propios de dicha forma documental: veracidad, control notarial de legalidad y presunción de legalidad, fehaciencia de su contenido, oponibilidad respecto de terceros...) y pueden ser objeto de publicidad incluso en el registro mercantil, en la práctica de los protocolos familiares rige el principio de libertad de forma de nuestro Derecho Privado. Normalmente tiene carácter reservado o confidencial para los que lo suscriben[clxxxii], e incluso cuando la publicidad del protocolo familiar en el registro mercantil (regulada en el Real Decreto 171/2007) es posible, ésta es meramente voluntaria y está desprovista de los efectos propios de los actos inscribibles. Carece por tanto de los efectos de la publicidad material registral, limitándose a una mera noticia de su existencia o a su depósito total o parcial (arts. 5 y 6 del Real Decreto 171/2007). Además, a los efectos de su acceso al registro mercantil, sólo se admite la publicidad de un único protocolo familiar por sociedad.

Algunos otros de los contenidos del protocolo familiar (aquellos que han de obligan a todos los socios presentes y futuros) pueden requerir para su eficacia jurídica su incorporación a los estatutos sociales, por lo que su aplicación y exigibilidad queda diferida a dicho traslado a los estatutos sociales, y condicionada a los cauces de aprobación y modificación de los mismos. Y, en todo caso, las sociedades cotizadas quedan excluidas del régimen de aplicación del Real Decreto 171/2007 quedando los protocolos familiares relativos a dichas sociedades cotizadas sujetos al régimen de publicidad especial establecido para los pactos parasociales en los artículos 530 a 535 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto afecten a materias a las que se refiere el art. 530.1 de dicha ley (lo que, en concreto, afecta a los «Pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas»), no produciendo efecto alguno en tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación como hecho relevante (art. 533 TR de la LSC).

Mención especial merecen los pactos relativos al régimen de adquisición y transmisión de las acciones y participaciones sociales y, particularmente, las restricciones y derechos de

adquisición preferente en la adquisición/transmisión de participaciones y acciones[clxxxiii], que a día de hoy pueden incorporarse a los estatutos sociales, siempre que se cumplan las reglas mínimas imperativas que establece el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital para sociedades limitadas y sociedades anónimas cuyo capital social esté integrado por acciones nominativas (y, como botón de muestra, las resoluciones de la DGRN de 4/12/2017, 30/7/2018 y 23/5/2019). Desde el derecho mercantil (societario) y con respecto a las sociedades de capital, la transmisión de participaciones y acciones, tanto si se trata de transmisión inter vivos como mortis causa, viene condicionada por lo dispuesto, entre otros, en los artículos 107[clxxxiv], 110[clxxxv], 120[clxxxvi], 123[clxxxvii] y 124[clxxxviii] de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, es notable, con respecto al papel de los protocolos familiares o la posibilidad de que se introduzcan otras consideraciones (de orden económico, o fiscal, o civil o de otro tipo) en los regímenes de transmisión, que todos estos artículos admiten adaptaciones y modificaciones del régimen de transmisión de participaciones y acciones, siempre y cuando las nuevas normas y restricciones vengan reflejadas en los Estatutos de la sociedad.

Del mismo modo, es destacable también, con relación a lo que venimos diciendo, que el artículo 107, de alguna manera, viene a reconocer el carácter habitualmente familiar de este tipo de empresas al disponer que "salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, *así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio...*". Así como que el régimen de transmisión que la norma prevé por defecto y en ausencia de otra norma distinta recogida en los estatutos (comunicación del proyecto de transmisión a la sociedad que sólo puede denegar su consentimiento si comunica al transmitente la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones ofertadas) y el que el artículo 124.2 prevé también para las restricciones a la transmisión mortis causa de las acciones, guardan no pocas similitudes, a efectos prácticos, con el mecanismo de la troncalidad regulado en los artículos 76 y siguientes de la LDCV (llamamientos previos a la enajenación y el derecho de los tronqueros a comparecer para adquirir el bien raíz como única limitación a la transmisión libre del mismo).

En este contexto, instrumentos como los que el Derecho civil vasco puede poner a disposición de estas familias, y que ya se han propuesto en otras ocasiones, tendrían, a nuestro modo de ver, mucho que aportar. Por un lado, como ya se ha dicho, a través de los pactos y demás instrumentos sucesorios, o de instituciones que permiten mayor libertad testatoria para garantizar la adecuada elección del sucesor, con base en un criterio de competencia en detrimento de una rígida regulación de las legítimas. Por otro, mediante una actualización de las instituciones patrimoniales encaminadas a mantener la unidad y

permanencia, en el seno de la familia troncal, de los bienes familiares (y particularmente de los productivos).

Por ejemplo, siempre y cuando las consecuencias propiamente mercantiles o internas a la sociedad mercantil (momento en que a efectos societarios se debe entender perfeccionada la transmisión, oponibilidad o no a la sociedad de determinados actos, régimen de ejercicio de los derechos de socio,...) se reserven a dicha disciplina, desde la legislación civil existente y los posibles desarrollos de la misma sobre la base de este título competencial, pueden abordarse cuestiones como: el desarrollo de instituciones que garanticen el mantenimiento del carácter familiar de la empresa y la titularidad del patrimonio accionarial familiar, con limitaciones a la transmisión de participaciones o la entrada de externos al accionariado (piénsese en la troncalidad o las normas relativas a las explotaciones agrarias guipuzcoanas aplicadas a la transmisión de la empresa, o en un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido a favor de tronqueros y no sólo de los socios sobrevivientes); instrumentos como la saca foral o el retracto para los casos de incumplimiento de los trámites legales; instituciones que coadyuven a mantener la indivisibilidad de empresas cuyo escaso tamaño situaría en una situación crítica caso de fragmentarse (al modo de lo regulado actualmente sobre la indivisibilidad del caserío, o con normas como la introducida con similar finalidad en el párrafo segundo del artículo 1056 del Codigo Civil[clxxxix]); instituciones que faciliten una mejor la planificación de la sucesión (con desarrollos de instituciones como los pactos sucesorios, con la vista puesta en la empresa); instituciones que permitan la posibilidad de disponer sobre derechos sucesorios en vida de los causantes, incluida la posibilidad de usarlos como garantías reales para poder acceder a financiación…

Aunque históricamente los Derechos forales se formaron en un mundo de predominio rural, ello no ha impedido la evolución de sus instituciones y su proyección a la moderna realidad social y cultural. En realidad, las ferrerías y molinos, en cuanto las industrias del siglo XV, dejan paso a la concepción moderna de empresa, y es perfectamente defendible la conexidad en la evolución de instituciones relativas a la sucesión de empresas. Del mismo modo, aunque la comunidad autónoma carece formalmente de competencia en el ámbito del derecho mercantil (incluyendo el societario), por ser esta una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6ª de la Constitución), sí puede actuar en los márgenes de lo que propiamente es Derecho mercantil, en la medida en que la propia legislación mercantil reconoce un margen de actuación al Derecho común o civil[cxc], que por medio de las actuaciones formalmente ajenas o externas (regulación de actos inter vivos relativos a transmisión de la propiedad, derecho sucesorio y transmisión mortis causa, constitución de derechos reales...) a lo que estrictamente constituye la vida interna de la sociedad mercantil, puede sin embargo influir en el devenir de aquella (en medida, dicho sea de

paso, muy parecida en la que se lo reconoce también a la propia autonomía de la voluntad, cuya regulación es propia del Derecho civil general o común, y por medio de la cual los socios pueden, sin duda alguna, establecer normas vinculantes para la sociedad).

Esta visión integral del ordenamiento privado es compartida incluso por las Leyes estatales que, sin negar que cada rama del Derecho tiene su propio ámbito exclusivo (y su propio régimen competencial), no solo no rechazan, sino que incluso llegan a reconocer expresamente la posible interacción entre el Derecho civil (incluido el civil foral o especial) y el mercantil. Particularmente, en relación con las empresas familiares donde ambas ramas del derecho se tocan más intensamente. Ejemplo de ello es la antes citada Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que en relación con su las normas contenidas en su disposición final primera, de modificación del Código Civil, viene a explicar que: "Por último, se introducen modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales *en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa* en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc*. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al artículo 149.1.8.a de la Constitución española,* se realizan atendiendo, además, a un *criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado*".

Se reconoce así que esas modificaciones (u otras similares), deben abordarse desde el Derecho civil y, por tanto, son solo "*aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al artículo 149.1.8.a de la Constitución española*", atendiendo, además, a un "*criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado*". Y ello, aunque las modificaciones introducidas, en tanto que encaminadas dentro de los objetivos reconocidos de aquella Ley a "*resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional*", tengan una proyección y alcance sobre la vida de las empresas y sociedades mercantiles.

Como es evidente, este reconocimiento implica, necesariamente, un igual reconocimiento de ese mismo margen de acción desde los Derechos civiles forales o especiales, que atendiendo a ese mismo criterio integrador del conjunto de las legislaciones civiles del Estado, válidamente pueden perseguir esos mismos fines. Y ello, sin perjuicio de que indirecta o tangencialmente la norma civil pueda tener repercusión en el ámbito mercantil,

siempre que la decisión sobre las consecuencias mercantiles o societarias de la norma civil se reserven a las normas mercantiles dictadas por el Estado (como haría, por ejemplo, el ya citado artículo 112 de la Ley de Sociedades de Capital).

No parece por tanto descabellado que un futuro desarrollo del derecho civil patrimonial vasco, que aspirase a revitalizar las instituciones troncal y del caserío guipuzcoano (que incluso podrían llegar a unificarse en parte, como ya ha sucedido con otras instituciones en el ámbito sucesorio) pudiera ir de la mano de retornar aquella funcionalidad original de preservar el patrimonio productivo familiar y su unidad, afectando no solo directamente a las familias propietarias en tanto que personas físicas, como también a las empresas, en tanto que formales detentadoras en la actualidad de la mayor parte de los medios de producción. Utilidad que desde el Derecho civil se puede aportar a las empresas, de forma mediata y a través de la intervención en el patrimonio, incluido el accionarial, de aquellos propietarios individuales y familias.

Bastaría, para ello, con ampliar la actualmente estrecha concepción de "bien raíz" para abarcar también al patrimonio accionarial a través del cual las personas físicas controlan mediatamente esos medios de producción a los que tradicionalmente se aplicaban antes las normas propias de la troncalidad y la transmisión del caserío guipuzcoano[cxci]. Ello podría incluir las maquinarias, aperos, herramientas... destinados a la producción o unidos con fines productivos al patrimonio inmobiliario de la empresa[cxcii], pero no así los productos, mercancías o estocaje, que no son propiamente medios de producción[cxciii]. Es decir, aplicando las normas sobre troncalidad, saca foral o transmisión del caserío guipuzcoano también a las explotaciones y los medios de producción controlados directamente por empresas y sólo mediatamente por las personas físicas y familias a través de participaciones, acciones o títulos de propiedad. Títulos y participaciones sobre las que, a fin de cuentas, se sostiene la propiedad de la empresa y los demás derechos reales de disfrute titularidad de la sociedad "que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra"[cxciv] como fábricas, almacenes, talleres, moliendas, explotaciones agrícolas o ganaderas y cualquier otro medio de producción sito "en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio"[cxcv] o, por extensión, en el País Vasco[cxcvi].

Lo cual tiene pleno sentido, muy particularmente, pensando en las empresas familiares, a fin de asegurar la permanencia de la empresa dentro del patrimonio y control familiar y, en última instancia, a través de la misma, la de esos medios de producción, y ese patrimonio inmobiliario y productivo, cuya titularidad, a día de hoy, en la mayoría de casos detenta formalmente la empresa. De hecho, aunque con otra modificación menos ambiciosa en mente, ya la Ley 3/1992, al renovar la institución de la troncalidad, advertía,

y así lo ratificaba en su propia exposición de motivos, que la actualización de la institución pasaba por redefinir los dos elementos, personal y real, de la institución, lo que, particularmente, podría pasar por actualizar el elemento real o la definición de bien raíz[cxcvii].

Amén de las modulaciones del régimen de transmisión que desde el Derecho civil vasco y nuestra peculiar tradición, situación socioeconómica o realidad empresarial se estimasen pertinentes (siempre condicionadas, en cuanto a sus efectos mercantiles y frente a la sociedad, al correspondiente traslado a los estatutos sociales y el respeto de las normas imperativas de la Ley de Sociedades de Capital y demás normas mercantiles, así como los principios configuradores de cada tipo social), este desarrollo podría resultar en un notable refuerzo, cuando menos, de la fuerza jurídica de las normas de defensa del patrimonio empresarial familiar recogidas en los protocolos familiares, dotando de fuerza de ley (con las consiguientes ventajas en el sentido previsto por los artículos 1089 y 1090 del Código civil) a lo que ahora simplemente tienen carácter de pactos parasociales (con todas las limitaciones que arriba hemos mencionado), obligando a todos los socios presentes y futuros (y no sólo a los parientes firmantes del citado protocolo) o dotando de instrumentos añadidos frente a posibles incumplimientos (saca foral...).

3.3.2 Otras leyes autonómicas relacionadas

3.3.2.1 Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo

Ya hemos citado antes (al analizar las interacciones entre leyes civiles que han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia) como los tribunales acuden expresamente a la Ley del Parlamento Vasco, 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, enfrentados a la necesidad de definir el concepto de "caserío" que maneja el derecho civil vasco y de analizar la necesaria vinculación de la casa de labor a la explotación agrícola-ganadera con respecto a su proyección en relación con instituciones como la troncalidad o la saca foral[cxcviii].

Sin embargo, a pesar de la vinculación que dicha sentencia realiza con respecto al elemento funcional de la troncalidad y la saca foral, el resto de sentencias analizadas respecto de la Ley del suelo no parecen atender a cuestiones civiles, ya que la cita de la Ley 2/2006 se realiza en relación con cuestiones como la edificabilidad del terreno (dificultada en terreno no urbanizable para aquellos que no ejercieran la agricultura)[cxcix], o

los requisitos para la legalización de usos residenciales (aunque en este caso, en relación con las posibilidades de resolver la compraventa)[cc].

3.3.2.2 Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda

Aunque la Ley en sí misma no contiene referencia alguna al ejercicio de la competencia de conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil vasco, es palpable la potencial relación de muchos de sus contenidos como el Derecho civil vasco como Derecho patrimonial, y con la función social de la propiedad como principio del Derecho civil vasco y las limitaciones de los derechos patrimoniales de los propietarios relacionados con la misma. Razón por la que esta Ley, sin prejuzgar su contenido ni si debe o no entenderse como parte de esta rama del Derecho, fue incluida en el examen jurisprudencial realizado.

Todo lo cual, simplemente nos lleva a afirmar, de momento, que no hemos registrado, en el periodo analizado, ninguna sentencia civil que haga referencia a esta Ley en conexión con el Derecho civil vasco, ya que la única sentencia que cita esta Ley en el periodo analizado[cci], circunscribe la mención a la misma a que no se pueda considerar a una persona jurídica como administradora de fincas, sin perjuicio de que administradores de fincas constituyan una sociedad con dicho objeto, que desarrollan ellos como personas físicas.

3.4. Derecho de familia

Como marco fáctico en el que se han de medir los posibles impactos de esta rama del Derecho civil vasco, debemos partir de que, según EUSTAT, en el momento de entrada en vigor de la LDCV en Euskadi había cerca de 892.100 familias, de las que cerca de 459.800 tienen hijos (nuclear con hijos, monoparental, ampliada, compuesta o polinuclear). De las anteriores, 518.800 están casadas o cohabitan (el resto se refiere a personas solteras, viudos o viudas y personas divorciadas o separadas legalmente).

La mayor parte de las parejas (un 87,1% en 2018), se unen en matrimonio, lo que supone una proporción ligeramente superior a la de la media estatal, aunque el número de parejas de hecho crece lentamente, pero año a año con respecto al de las parejas casadas (de un 11,7% en 2014 a un 12,9% en 2018), siendo la mayor parte de las uniones de este tipo, por una amplia diferencia, entre personas heterosexuales.

Por su lado, en 2016 existían 63.,200 parejas divorciadas o separadas legalmente, a las que cada año se han sumado ente 3.500 y 3.300 que se han divorciado anualmente entre 2016 y 2018 (sin perjuicio de que, lógicamente, ello no implica que todas las personas divorciadas permanezcan en ese mismo estado civil, pues evidentemente gran parte contraerá matrimonio ulteriormente o iniciará una nueva relación). La mayor parte de las rupturas que se producen anualmente (divorcios, separaciones, nulidades) se refieren a parejas con hijos menores (en torno a un 60%) o hijos mayores dependientes (en torno a un 10%).

En caso de ruptura, lo más habitual sigue siendo la atribución de la custodia a la madre (lo que, lógicamente, se correlaciona con la imposición de pensiones alimenticias al otro progenitor), frente a un porcentaje mucho menor de atribución de custodia al padre o a otros familiares, si bien desde 2011 y, particularmente, desde 2015 y la entrada en vigor de la Ley 7/2015, el porcentaje de custodias compartidas (y el abono conjunto de los gastos alimenticios) no ha dejado de crecer, hasta prácticamente se equipararse al porcentaje de custodias atribuidas exclusivamente a la madre (un 29,2 % de custodias atribuidas a la madre frente a un 25,1% de custodias compartidas). En 2017 un 62,4% de las rupturas matrimoniales la demanda fue presentada conjuntamente por ambos cónyuges, en el 25,0% por la esposa y sólo en el 11,8% por el esposo. Además, debe advertirse que, desde la reforma del Código Civil de 2015, además de ante la jurisdicción, los divorcios también pueden tramitarse por la vía notarial (299 escrituras de separación o divorcio contabilizadas a través de la estadística notarial en 2017, 58 más que en 2016)[ccii].

De esas rupturas, en cuanto a la custodia de las hijas o hijos menores, en un 55,9% de los casos fue otorgada a la madre, en un 7,1% al padre y fue compartida por ambos en un 36,5%. En este sentido, a efectos estadísticos (lo que coincide con la perspectiva de la Ley 7/2015) se considera ruptura matrimonial a la disolución de un matrimonio debida a nulidades, separaciones y divorcios directos, que son aquéllos en los que no ha existido una separación legal previa.

3.4.1. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

3.4.1.1. Regulación general del régimen económico matrimonial

La celebración del matrimonio no sólo tiene incidencia en las relaciones personales entre los cónyuges, sino que su influencia se extiende a su esfera patrimonial o económica. La vida en común de las parejas casadas, al igual que sucede con las denominadas uniones de hecho, genera una serie de cuestiones de índole económica a las que es necesario dar oportuna respuesta. Por todo ello, no cabe duda de que todo ordenamiento jurídico debe establecer un conjunto de normas que regulen las relaciones patrimoniales que puedan surgir entre los cónyuges, o miembros de la pareja de hecho, o de cualquiera de ellos con terceros. La LDCV, atendiendo a esta necesidad, regula en su título tercero del régimen de bienes del matrimonio. Concretamente, en el Capítulo I del Título III se ocupa de las diferentes posibilidades en cuanto a la determinación y modificación por parte de los cónyuges del régimen económico matrimonial y, a falta de pacto sobre este extremo, del régimen legal supletorio que procede en cada caso. A continuación, en el Capítulo II, la Ley 5/2015, ofrece una normativa completa y actualizada respecto a la prevista en la legislación anterior de la comunicación foral de bienes, único régimen económico matrimonial propio del Derecho civil vasco.

Tanto la LDCV como el Código Civil, permiten a los cónyuges optar por cualquier régimen económico matrimonial, sin más limitaciones desde un punto de vista material que las que se derivan del artículo 1.328 CC. Y ello, tanto si la opción se ejerce desde un inicio (art. 125 LDCV, art. 1.315 CC,), como si sobreviene de pactos o capitulaciones posteriores constante matrimonio (art. 126 LDCV, art. 1.325 CC). En efecto, los artículos 125 y 126 LDCV, con los que comienza el mencionado Capítulo I, nos conducen a un planteamiento muy similar al que presentan los artículos 1.315, 1.325 y 1.326 CC. Para el supuesto en que los cónyuges opten por no hacer uso de la libertad de estipulación, indica el artículo 127.1 LDCV que, "*a falta de capitulaciones o cuando resulten insuficientes o nulas, el matrimonio se regirá por las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el Código Civil*".

En consecuencia, el régimen de la sociedad de gananciales se presenta, en principio, como el régimen legal supletorio para las personas a quienes se aplica la Ley 5/2015, esto es, conforme al artículo 10 LDCV, para quienes ostenten la vecindad civil vasca. No existe, por tanto, modificación de la realidad jurídica que como regla general se planteaba bajo la vigencia de la Ley 3/1992, de 1 de julio.

Igualmente, como excepción, la nueva regulación mantiene, siguiendo el sistema tradicional, como régimen legal supletorio en la tierra llana de Bizkaia, Llodio y Aramaio, a falta de pacto, el régimen de comunicación foral de bienes (artículo 127.2 LDCV), disponiendo que, "*cuando ambos contrayentes sean vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, el matrimonio se regirá, a falta de pacto, por el régimen que se regula en el capítulo segundo de este título III*". Finalmente, establece el artículo 127.3 LDCV, que "*cuando sólo uno de los cónyuges tenga vecindad civil en la tierra llana de Bizkaia, en Aramaio o en Llodio, regirá, a falta de pacto, el régimen de bienes correspondiente a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de ésta, la que corresponda al lugar de celebración del matrimonio*".

Se trata, de una regulación coincidente en lo esencial con la prevista en la Ley 3/92, de 1 de julio (artículo 94)[cciii], y con los criterios establecidos en el artículo 9.2 CC, si bien no contempla la posibilidad recogida en este precepto de que los contrayentes, si ostentan una vecindad civil distinta, decidan bajo ciertas condiciones en documento auténtico la legislación a la que se haya de someter el matrimonio.

A la vista de lo que nos aporta la base de datos del Índice Único Notarial, aunque el régimen económico matrimonial por defecto siga siendo, como hemos explicado, el de gananciales (o el de comunicación foral en Bizkaia, Aramaio y Llodio), la tendencia parece ser que, de otorgarse capitulaciones para elegir un régimen económico- patrimonial predeterminado, la opción favorita parece ser el de separación de bienes, que experimenta una subida constante, tanto en Euskadi como en el Estado, y tanto en las capitulaciones prenupciales como en las postnupciales. A nivel estatal se comprueba que esta es una tendencia muy fuerte (faltaría comprobarlo también en la Comunidad Autónoma, con datos desagregados), en nada comparable al número ni a la evolución de las capitulaciones matrimoniales relativas a otros regímenes matrimoniales. Y sólo podría relativizarse desde la consideración de que, al ser el régimen de gananciales el dispuesto legalmente por defecto en ausencia de capitulaciones, el mismo no requeriría ser expresamente pactado (como sí sucedería, precisamente por ese mismo hecho, con el de separación de bienes).

Por otro lado, poniendo esta regulación en relación con la Ley de parejas de hecho, parece ser una opinión aceptada que, al igual que la LDCV equipara, de forma expresa, y respecto de la aplicación de la normativa reguladora del régimen de sucesiones, al matrimonio con la pareja de hecho y, en estrecha relación con la materia de que se trata, al cónyuge viudo

con el miembro superviviente de la pareja de hecho, así debe ser interpretada también esa equiparación respecto de la materia reguladora del régimen de bienes en el matrimonio. Sin embargo, dicha equiparación de las parejas de hecho respecto de la materia reguladora del régimen de bienes en el matrimonio (incluida la comunicación foral de bienes), no aparece de forma expresa ni en la LDCV ni en la Ley de parejas de hecho, cuestión esta sobre la que luego volveremos.

Finalmente, en este punto, cabe destacar la incidencia que en el futuro tendrán en la materia, los nuevos reglamentos europeos[cciv], ambos aplicables a partir del 29 de enero de 2019, cuestión que se analiza particularmente en su apartado específico.

3.4.1.2. El régimen económico de comunicación foral.

En cuanto a la comunicación foral, en particular, mantiene en la Ley 5/2015, su tradicional naturaleza de régimen económico de corte comunitario, presentándose en el artículo 129 LDCV como un régimen de comunidad universal al establecer que "en virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen".

Esto supone que el régimen conduce a la formación de una masa común compuesta por todos los bienes de los cónyuges, a salvo de las excepciones previstas en el artículo 132.2 LDCV, sin perjuicio de que también al igual que en la legislación anterior, en función de los diferentes escenarios de disolución, puede convertirse en un sistema de comunidad particular o limitada y liquidarse teniendo en cuenta la procedencia de los bienes de los cónyuges.

A pesar de que nos interesamos específicamente sobre el caso en nuestro cuestionario, no tenemos constancia de que se haya planteado ningún pleito concreto por la situación que plantea el artículo 145 LDCV al regular el caso de disolución del régimen de comunicación foral por muerte de uno de los cónyuges, sin descendientes comunes o por sentencia de separación, nulidad o divorcio (y disolución de la pareja de hecho, deberíamos añadir, conforme a lo que luego diremos), sin que ni dicho artículo (ni la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los

progenitores) establezcan disposición alguna destinada a coordinar la aplicación respectiva, en particular, en relación con el derecho a la atribución en exclusiva del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio o que tuviera más dificultad de acceso a la vivienda.

No obstante, más allá de la necesidad de dotar de una coherencia a las soluciones legislativas (y no parece haber razones de fondo que justifiquen el vacío), como se apuntaba en la aportación de uno de los vocales de la Comisión, hay otro factor que debe servir como motor legislativo de su reforma. Y es que los nuevos reglamentos europeos[CCV], ambos aplicables a partir del 29 de enero de 2019, persiguen lograr una unidad de soluciones para dos cuestiones intrínsecamente unidas: la relativa al régimen económico matrimonial o el de las parejas de hecho, por un lado, y el de los derechos que por ley correspondan al cónyuge o pareja viudo o viuda por otra, para lograr así una armonización entre un sistema y otro. De forma que a las regulaciones normativas cuyo régimen legal sea el de gananciales les corresponde una menor protección de los derechos del cónyuge viudo y, a la inversa, a sistemas que fijan como régimen legal en defecto de pacto el de separación de bienes les corresponde una mayor protección o reconocimiento de los derechos hereditarios del cónyuge o pareja viudo o viuda.

En este sentido se apunta a que los nuevos reglamentos buscan que la ley material aplicable a una y a otra cuestión sea la misma, para así lograr evitar situaciones de desajuste entre una y otra. Y en nuestro caso, tal y como actualmente rige en nuestro sistema, tal coherencia de soluciones materiales no es apreciable, por lo que cabría pensar en armonizar ambas regulaciones, tal vez optando por el sistema de separación de bienes para ambas uniones (matrimoniales y de hecho) y mantener para ambas la nueva regulación material o sustantiva que se prevé para los derechos del cónyuge viudo, extrapolable también a las parejas de hecho.

3.4.1.3. Derecho europeo.

Como en otros apartados de este informe, para completar el análisis de la aplicación de las normas de Derecho civil vasco en materia de regímenes económicos matrimoniales, es necesario hacer un breve inciso para contrastar su contenido con normas de Derecho internacional o europeo que pueden resultar de aplicación prevalente.

En este caso, el contraste debemos realizarlo, particularmente, con el Reglamento 2016/1103, del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación

reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. El Reglamento pretende garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas en lo que respecta a su patrimonio y ofrecerles cierta previsibilidad, particularmente, con respecto al órgano jurisdiccional competente y a la ley aplicable cuando concurra un elemento de extranjería o transfronterizo, es decir en aquellos casos en que podrían aplicarse al asunto las leyes de varios países. Todo ello, además de facilitar también el reconocimiento y la ejecución en cualquier Estado miembro, de una resolución sobre asuntos económico matrimoniales, dictada en otro Estado miembro.

De entrada, debe matizarse que este Reglamento, aplicable en España desde 29 de enero de 2019, solo es de aplicación por el momento en 18 Estados de la Unión Europea, los que acordaron a través del mecanismo de cooperación reforzada sobre esta materia, que son, además de España, Suecia, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Croacia, Chipre, Eslovenia, Francia, Portugal, Italia, Malta, Luxemburgo, Alemania, República Checa, Países Bajos, Austria, y Finlandia. El resto de países de la Unión podrá sumarse a la normativa en cualquier momento que deseen, pero de momento no lo han hecho. Sin embargo, no por ello deja de tener, en relación a la regulación de la Ley aplicable como cuestión sustantiva, el efecto erga omnes o de aplicación universal[ccvi], siendo válida la remisión a la Ley de terceros estados, aunque no sea la Ley de un Estado miembro ni de un Estado que participe en esta cooperación reforzada.

En lo que ahora importa con respecto al Derecho civil vasco, el Reglamento deja sentado, en su artículo 2, que su regulación no afecta a la competencia de los Estados miembros, para regular los regímenes económicos matrimoniales. Por ello, la regulación del régimen económico matrimonial es una materia de Derecho Civil, cuya ordenación compete a los Estados y no a la Unión Europea.

En relación con lo anterior, los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de regímenes económicos matrimoniales, no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que, se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales (artículo 35 del Reglamento). En consecuencia, en el caso de los matrimonios no transfronterizos o internos (independientemente de si fueron celebrados antes o celebrados después de la entrada en aplicación del Reglamento el 29 de enero de 2019), les será siempre de aplicación el

régimen previsto en los artículos 9-2º 16-3º del Código Civil, así como lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco, que a su vez nos remite a los indicados artículos del Código Civil, sin ninguna incidencia por la entrada en vigor de la norma europea.

Por su parte, si se tratada de matrimonios en los que sí concurre un elemento transfronterizo, nos debemos en primer lugar fijar en el artículo 33 del Reglamento que prevé que, cuando la ley fijada por dicha norma sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial, serán las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado las que determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas en dicha materia serán de aplicación. Del mismo modo, cuando la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de regímenes económicos matrimoniales, la referencia a la Ley aplicable se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en ese Estado (artículo 34 del Reglamento).

No obstante, el supuesto de los matrimonios transfronterizos celebrados con posterioridad a la entrada en aplicación del Reglamento el 29 de enero de 2019, la aplicación las diferentes posibilidades en cuanto a la determinación y modificación por parte de los cónyuges del régimen económico matrimonial y, a falta de pacto sobre este extremo, del régimen legal supletorio de las que se ocupa el Capítulo I del Título III LDCV deberá tener en cuenta las normas que el Reglamento dispone, tanto en cuanto a las normas para la determinación de la Ley aplicable en defecto de elección por los cónyuges, como para establecer los requisitos y las posibilidades dentro de las cuales puede desenvolverse esa elección o dentro de las que puede cambiarse.

Llegado dicho supuesto, el artículo 22 del Reglamento reconoce el principio de elección de la ley aplicable, de modo que los conyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo, la ley aplicable a su régimen económico, siempre que se trate de una de las siguientes leyes: La ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges, en el momento en que se celebre el acuerdo.

Esta elección podrá efectuarse en el momento de la celebración del matrimonio, o en un momento posterior. Del mismo modo, los cónyuges que hayan elegido la ley aplicable, podrán decidir cambiarla posteriormente, aunque el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial solo surtirá efectos en el futuro, a menos que los cónyuges decidan hacerlo retroactivo. E, incluso en este supuesto, los derechos de terceros cuyos intereses pudieran ser perjudicados por un cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial están protegidos, y los efectos del cambio retroactivo de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no podrán afectarlos negativamente.

Los artículos 23 y 24 del Reglamento contemplan las normas relativas a la validez formal y material del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable, que deben articularse de manera que la elección realizada por los cónyuges resulte más fácil y se respete su consentimiento, la seguridad jurídica y un mejor acceso a la justicia. Entre las salvaguardas formales que el Reglamento impone para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección, está la de que el acuerdo sobre la elección de la ley aplicable, deberá expresarse por escrito, fechado y firmado por ambas partes, sin perjuicio de que deban cumplirse también los requisitos formales adicionales que pueda establecer la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual (en nuestro caso, la LDCV). Así mismo, si en la fecha de celebración del acuerdo, los cónyuges tienen su residencia habitual en Estados miembros diferentes que establecen requisitos formales distintos, bastará con que se respeten los requisitos formales de uno de esos Estados (lo que, nuevamente, remite a la LDCV en caso de que esta resultara aplicable).

Del mismo modo, en la medida en que la LDCV resultara la Ley aplicable, tanto por elección de los cónyuges en los términos previstos por el Reglamento, como por remisión de cualquiera de los puntos de conexión establecidos por el mismo, el artículo 27 del Reglamento determina específicamente que, la ley que se determine aplicable al régimen económico matrimonial (eventualmente, la LDCV), deberá regir desde la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge, hasta la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías, durante el matrimonio y después de su disolución, incluida la liquidación del patrimonio, los derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos sobre el patrimonio, la validez material de las capitulaciones matrimoniales, así como los efectos del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre los cónyuges y un tercero.

En tal sentido, en la medida en que de la LDCV pudieran resultar lagunas con respecto a cualquiera de los contenidos anteriores a los que la Ley que resulte aplicable debe responder, creemos que no resulta baldío aclarar que la eventual aplicación supletoria del Derecho civil común español por aplicación del artículo 3 LDCV no se consideraría un caso de reenvío a los efectos del artículo 32 del Reglamento, que proscribe los reenvíos y determina el principio de unidireccionalidad. Y ello, porque ya hemos dejado sentado que el Reglamento excluye claramente su propia aplicación a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

Dicho todo lo anterior, podemos concluir que, en el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el Reglamento Europeo 2016/1130 no contradice ni suscita controversia jurídica alguna con la regulación que se contiene y deriva de la LDCV en materia del régimen económico matrimonial de comunicación foral, particularmente en cuanto nos encontremos ante matrimonios no transfronterizos.

Sin embargo, y sin que ello suponga tampoco contradicción o controversia alguna, en el caso de matrimonios transfronterizos debe tenerse en cuenta que puede darse el caso de que la LDCV se vea desplazada por la aplicación del Reglamento, o que los requisitos que el Reglamento impone a la elección o la modificación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial sean aplicables a las opciones que la LDCV habilita, junto con los que la propia LDCV establece. Del mismo modo, también puede resultar que, tanto por aplicación del Reglamento como por haber sido elegida por el matrimonio, la LDCV sea la Ley aplicable a los matrimonios transfronterizos a los que se refiere el Reglamento. En cuyo caso, la LDCV será la norma que habrá de aplicarse a la totalidad del patrimonio matrimonial, con independencia de la naturaleza de los bienes y de si éstos están situados, en otro Estado miembro o en un tercer Estado, tanto directamente, o con intervención de los mecanismos de integración previstos en la LDCV y, muy particularmente, con aplicación del Derecho supletorio al que remite el artículo 3 LDCV.

3.4.2. Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho (en adelante, LPH)

Los derechos y deberes reconocidos a las parejas de hecho inscritas por la LPH principalmente son de naturaleza administrativa, en los que, como señala la propia exposición de motivos, se busca poner fin a la discriminación en el ámbito del Derecho

Público dentro de las competencias de la CAPV, equiparando a las parejas casadas y a las no casadas en materia fiscal, de función pública, sanitaria, de mediación familiar y de ciertas tramitaciones administrativas, así como laboral y de Seguridad Social dentro del limitado ámbito de las actuales competencias de Euskadi[ccvii]. Lo hace reservándoles el Capítulo IV (artículos 10 a 17 LPH).

Sin embargo, aunque la Ley no hace referencia alguna al título competencial en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil vasco, y a pesar de que existen otras muchas leyes de parejas de hecho en Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil propio, ya desde un inicio se entendió por gran parte de la doctrina, y por varios órganos consultivos y hasta jurisprudenciales, que parte de su contenido atendía a cuestiones de Derecho civil. Este entendimiento fue confirmado, en relación con varias de esas otras leyes autonómicas sobre la misma materia, por el propio Tribunal Constitucional. Por este motivo, una vez asentada ya la correspondiente jurisprudencia, al aprobar la LDCV, se planteó confirmar la LPH como parte del Derecho civil vasco, lo que se hizo mediante la modificación del punto de conexión, al sustituir la vecindad administrativa empleada hasta ese momento por la recién creada vecindad civil vasca.

Merece la pena destacar que, al realizar esa "incorporación" o "confirmación" de la LPH en el universo del Derecho civil vasco, sin embargo, no se incluyó en la exposición de motivos de la Ley referencia expresa alguna al ejercicio de la competencia prevista en el artículo 10.5 del Estatuto de autonomía, siendo como hemos visto esa declaración expresa un criterio preferencial para la jurisprudencia del TS a la hora de determinar si una norma constituye parte del Derecho civil propio de una Comunidad Autónoma o, por el contrario, debe considerarla tan solo como una norma autonómica más a los efectos de determinar la competencia en materia de casación civil del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Procede, por otra parte, llamar la atención que en la exposición de motivos de la ley 2/2003, continúa aludiéndose a la vecindad administrativa como punto de conexión de la ley, cuando, tal y como se ha comentado, tras la reforma introducida por la LDCV éste ha pasado a ser la "vecindad civil vasca" quedando en evidencia la falta de concordancia concurrente. Se llama la atención de este extremo para que cuando el legislador acometa su revisión o actualización tenga en cuenta este extremo.

Así mismo, del análisis realizado de las sentencias que citan o aplican la Ley permite concluir que la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho se viene aplicando con normalidad por los Tribunales y operadores jurídicos, no habiéndose detectado ninguna disfunción reseñable[ccviii]. No obstante, la evaluación de la Ley y su aplicación sí ha merecido los siguientes comentarios:

3.4.2.1. Concepto y ámbito de aplicación: de la vecindad administrativa en el País Vasco a la vecindad civil vasca.

La evaluación de la ley vasca de parejas de hecho y su incidencia en el período al que se circunscribe el presente informe exige partir, en primer lugar, de la definición que la ley vasca hace de esta institución.

La ley vasca define la pareja de hecho en el artículo 2 LPH, como la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, entre los cuales no puede haber una relación de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral, ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de diferente género. Una de las características de la ley vasca, a diferencia de otras regulaciones, es que para constituirse como pareja de hecho no se requiere una convivencia previa mínima. Otro de los requisitos lógicos exigidos es que sus integrantes no deben estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho, debiendo primero extinguir ese vínculo previo, antes de poder constituir una nueva pareja de hecho. En todo caso, es preciso señalar que la constitución de pareja de hecho al amparo de la LPH no provoca efectos en el estado civil de los unidos que, a todos los efectos, permanecen solteros, aunque dicha situación se englobe dentro del derecho de familia.

El principal y más sustancial cambio del artículo 2.2, introducido por la Disposición Adicional 2ª LDCV, es que para poder ser reconocido como pareja de hecho en la CAPV y tener acceso al Registro de Parejas de Hecho, desde el 3 de octubre de 2015, es requisito que "al menos uno de sus integrantes" tenga vecindad civil vasca. Con anterioridad a dicha modificación legal bastaba que *"al menos una de las personas integrantes de la pareja tuviera su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi".*

Una de las dudas que la práctica diaria obligó a plantearse a los encargados del Registro de Parejas de Hecho de Euskadi fue si ese requisito de la "vecindad civil vasca" introducido en la modificación del 2015 era exigible igualmente a aquellas uniones registradas con anterioridad a la modificación del artículo 2.2 LPH. La respuesta es que no. El requisito de la "vecindad civil vasca" para la inscripción como pareja de hecho, en el Registro de Parejas de Hecho de Euskadi, resulta de aplicación única y exclusivamente a aquellas que hayan pretendido la inscripción a partir de la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto, esto es, tiene efectos *ex nunc.*

En tal sentido, se ha interpretado que no es exigible a las parejas de hecho válidamente inscritas con anterioridad al día 3 de octubre de 2015, a quienes no resultaba de aplicación la exigencia de acreditar que al menos uno de los integrantes de la pareja tuviera

"vecindad civil vasca", bastando la vecindad administrativa. Ejercitar una aplicación retroactiva de la actual normativa de la Ley de las Parejas de Hecho a aquellas parejas de hecho válidamente inscritas con arreglo a los requisitos legalmente exigibles en el momento en que solicitara la inscripción, resultaría a juicio del Registro de Parejas de Hecho contrario a la debida seguridad jurídica y a la equidad, y supondría una quiebra del principio de legalidad, puesto que conllevaría efectos desfavorables en los derechos e intereses legítimos, adquiridos de buena fe por dichas parejas de hecho, y conforme a la legislación vigente que resultaba de aplicación en el momento de practicarse la inscripción como pareja de hecho.

De hecho, no existe constancia de la interposición de recursos, en vía administrativa o jurisdiccional, que versen sobre la pérdida de la condición de pareja de hecho por este motivo, ni disponemos de pronunciamientos administrativos o judiciales que hayan puesto en cuestión dicha interpretación, mantenida por el propio Registro de parejas de hecho.

La Dirección de política familiar y diversidad, en su calidad de órgano competente para la gestión y mantenimiento del Registro de Parejas de Hecho, así como para la realización de funciones de coordinación e información y aprobación de las directrices comunes sobre los procedimientos que se pueden tramitar ante dicho registro ha facilitado los datos del número de parejas de hecho inscritas en el período al que se circunscribe el presente informe. En el período comprendido desde el 01/01/2015 al 31/12/2018, el número inscripciones de parejas de hecho realizadas asciende a un total de 11.682, aunque desde 24/05/2003 como fecha de la que datan las inscripciones más antiguas (al haber entrado la Ley en vigor ese año), el total acumulado asciende a 45.708 parejas inscritas, de las cuales, al terminar 2018, permanecían inscritas 34.413. El reparto es, a grandes rasgos, proporcional a la población de los diferentes Territorios Históricos, con aproximadamente el doble de inscripciones en Bizkaia por comparación con Gipuzkoa y, a su vez, más o menos el doble en Gipuzkoa que en Araba.

Del total de inscripciones realizadas, en aproximadamente el 81 % de los casos nos encontramos con parejas en las que ambos miembros tienen nacionalidad española. Aun así, se nos ha matizado expresamente que el diseño de la aplicación informática que da soporte a la gestión del Registro de Parejas de Hecho de la CAPV solo posibilita asignar una nacionalidad por cada una de las personas integrantes de la pareja, de forma que, cuando una de las personas tiene doble nacionalidad, se opta por marcar una de ellas. A la vista lo cual, se debe matizar que el dato referido alude a aquellos casos en que ambas personas tienen y se han identificado con la nacionalidad española, no siendo posible determinar si en alguna de dicha parejas una o ambas personas integrantes, además de

ostentar la nacionalidad española (y que es la que ha acreditado), ostenta alguna otra nacionalidad.

Con idéntica limitación en cuanto al alcance de los datos, se nos indica que el número parejas de hecho en la que ambas tienen nacionalidad extranjera inscrito entre 2003 y 2018 asciende a un total de 1.096 parejas (casi un 2,5 % del total). Es decir, incluyendo las parejas en las que, al menos uno de sus integrantes, tiene doble nacionalidad, siendo una de ellas la española (y pudiendo tener al menos uno vecindad civil vasca, aunque no se contabiliza) siempre y cuando la nacionalidad con la que la persona con doble nacionalidad se haya identificado no sea la española. Del mismo modo, aparecen otras 7.516 parejas (más o menos un 16,5 % del total) en las que el registro indica que uno de los miembros tiene (o se ha identificado con) nacionalidad española y, el otro miembro de la pareja, a su vez, nacionalidad extranjera (o es ésta con la que se ha identificado). De lo cual se deduce que, con un limitado margen de error[ccix], la primera conclusión que cabe avanzar es que la LPH es usada, esencialmente, por personas de nacionalidad española, aunque existe un colectivo notable de personas de nacionalidad extranjera que también ha encontrado amparo en el mismo.

Del mismo modo, de las inscripciones realizadas, sabemos que, habiendo sido la vecindad administrativa el punto de conexión hasta 2015, aproximadamente el 88 % son casos en los que ambas personas tienen vecindad administrativa en la CAPV y sólo en cerca de un 9 % son inscripciones en las que solo una de las personas tiene vecindad administrativa en la CAPV (con un número marginal, cercano al 2 %, de casos en los que ninguna de las personas tiene vecindad administrativa en la CAPV, o no se dispone de datos que permitan determinar con certeza la vecindad administrativa de una o ambas personas integrantes de la pareja, a pesar de lo cual tampoco se ha denegado la inscripción).

Debe considerarse que, a partir de la entrada en vigor de la LDCV en 3 de octubre de 2015, para tener acceso al Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, es requisito que «al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca», siendo la Dirección de Política Familiar y Diversidad como encargada del Registro quien ha tenido que comprobar la concurrencia de dicho requisito, como así resulta del Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad del País Vasco (BOPV nº 100, de 29/05/2017). En tal sentido, la Dirección de Política Familiar y Diversidad nos ha señalado que, si bien por el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV se ha exigido la acreditación de la vecindad civil vasca en los términos indicados, hasta el año 2018 no se ha mecanizado la recogida de dicho dato en la Aplicación informática que da soporte a la gestión del Registro de Parejas de Hecho de la CAPV. Asimismo, se nos apunta que hay que tener en cuenta que la exigencia de la «vecindad civil vasca» basta

con que sea acreditada por una sola de las personas integrantes de la pareja, de forma que, aunque ambas personas la ostentasen no tienen por qué haber sido acreditada por ellas dos dicha circunstancia. Con dichas matizaciones, se nos indica que, de aquellos casos de los que se tiene constancia, la mayor parte (60 %) corresponde a inscripciones en las que sólo uno de los miembros de la pareja de hecho ha acreditado la vecindad civil (lo cual es lógico, pues el requisito nos habla de que sólo uno de ellos ha de acreditarlo para que pueda darse por cumplido, aunque los dos tuvieran la misma vecindad civil) y sólo en un 6,38 % de casos en los que ambos miembros han acreditado la vecindad civil vasca (con un llamativo 33,52 % de casos en los que ninguno de los dos miembros ha acreditado poseer dicha vecindad civil).

Consecuencia de la entrada en vigor de la LDCV, también, ha sido imposibilitar (al menos en teoría) la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV de aquellas parejas constituidas por dos personas extranjeras, con nacionalidad distinta a la española, en ambos casos. De los datos facilitados en el registro, no obstante, se observa que sí existen parejas que, habiéndose registrado en el periodo posterior al cambio legislativo al que aludimos, aparecen contabilizadas como parejas en las que ambos tienen nacionalidad extranjera. Como apuntan los propios responsables del Registro, es de suponer que, entre las parejas inscritas en este periodo en las ambas tienen nacionalidad extranjera, en realidad nos encontramos con parejas en las que, al menos uno de sus integrantes, tiene doble nacionalidad, siendo una de ellas la española (y que, sin embargo, como nos ha advertido el registro, son contabilizadas como extranjeras), lo que le permitiría tener vecindad civil vasca y, consecuentemente, poder inscribirse.

Estas y otras razones, derivadas del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de tal cuestión en relación a la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, han llevado a que hayamos recibido aportaciones de los miembros de la Comisión advirtiendo que debería procederse a una modificación de tal previsión legal. En el mismo sentido, ya en su Dictamen Nº: 218/2016 sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi vino a insinuar la posibilidad de que esta modificación del ámbito de aplicación de la de la Ley 2/2003, de 7 de marzo, reguladora de las parejas de hecho llevada a cabo por la LDCV pudiera necesitar de alguna revisión, al recordar lo resuelto por la STC 93/2013, de 13 de abril, a la que antes nos referíamos, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

Por un lado, y éste es un dato positivo, la regulación europea en los reglamentos antes citados opta por el modelo de pareja de hecho registrada, con el fin de dotar de seguridad jurídica a la unión así constituida, modelo "registral" que se corresponde con el previsto en nuestra ley vasca. Por otro, y desde un punto de vista material, y en cuanto a su ámbito subjetivo de actuación, la clave conflictual en la reglamentación europea sigue siendo, como en otros reglamentos europeos, la residencia habitual de la pareja, y el objetivo, en coherencia con lo previsto en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.9), es garantizar esta modalidad de unión y los derechos inherentes a la misma.

Sería en todo caso necesario ver cómo conciliar las exigencias del Tribunal Constitucional, en orden a habilitar la competencia del Derecho civil vasco para regular la cuestión (por remisión a la vecindad civil) con la aplicación de los reglamentos europeos a partir de 2019 (por remisión a la residencia habitual de la pareja).

Otro dato relevante, de los que nos han sido facilitados por el Registro de parejas de hecho, radica en la constatación de que, aunque originalmente el régimen de parejas de hecho registradas se ideó como salida para las parejas homosexuales que (antes de la aprobación del matrimonio homosexual) no tenían derecho a casarse, en la actualidad el 96,18% de las parejas registradas se corresponde con parejas de distinto sexo, frente a sólo un 3,82% de parejas homosexuales. Lo cual nos permite constatar que este régimen cumple una función social diferente a aquella para la cual fue ideado, pero que, por su volumen, resulta innegable.

Por último, también es un dato a tener en cuenta que, de las cerca de 9.600 cancelaciones de parejas de hecho registradas entre 2003 y 2018, un 82,25 % han respondido a solicitudes de cancelación presentadas de mutuo acuerdo frente a un 17,75 % presentadas unilateralmente (incluidas tanto la separación unilateral, como las presentadas por fallecimiento del otro miembro de la pareja u otras causas). Del mismo modo, consideramos que es también relevante que, entre las causas de cancelación, un amplio porcentaje (un 18,92 %) en realidad no puede tratarse como un caso de disolución de la pareja, ya que la causa alegada para la cancelación es el matrimonio entre los dos miembros de la pareja, lo que apunta a que en algunos casos este régimen puede ser entendido como un paso intermedio entre la vida por separado y el matrimonio, de tal

manera que la pareja experimentaría una especie de "evolución" en el compromiso de la pareja, hacia un matrimonio "pleno".

3.4.2.2. Registro de Parejas de Hecho: Constitución de la pareja, acreditación y consecuencias.

El reconocimiento legal como "pareja de hecho" y el régimen de derechos y obligaciones que conlleva, en la ley vasca, queda subordinado a la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV que crea la propia ley.

Al tener la inscripción "carácter constitutivo" tal y como recuerda, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 7 de noviembre de 2017 (Roj. SAP BI 2290/2017) este Registro de Parejas de Hecho adquiere una especial importancia pues, consiguientemente, en nuestro Derecho Civil Vasco, quedan excluidas del concepto legal de "pareja de hecho" y no les resultarán de aplicación las previsiones de la presente ley, ni la equiparación de derechos con el cónyuge viudo prevista en la DA 2ª LDCV al resto de las uniones de hecho no inscritas en el registro administrativo del Gobierno Vasco.

La constitución de la pareja de hecho y el régimen económico-patrimonial de la pareja se acreditan mediante certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV (artículo 3 LPH). Se configura como un sistema de publicidad alternativo al Registro Civil, con el que no interfiere al no alterar el régimen de las parejas de hecho el estado civil de los miembros de la pareja, como ya hemos señalado.

En la actualidad la estructura y funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho se regula, tal y como hemos señalado, mediante el precitado Decreto 155/2017, de 16 de mayo, que ha venido a sustituir al Decreto 124/2004. Este nuevo reglamento está permitiendo dar respuesta a diferentes situaciones que no estaban contempladas en el decreto inicial, que dificultaban la posibilidad de presentar solicitudes ante el Registro y, en ocasiones, impedían el acceso al mismo, habiéndose reforzado los trámites conducentes a practicar las distintas inscripciones, con el objeto de dotar de mayor garantía y seguridad jurídica a los procedimientos y se ha adaptado a las modificaciones introducidas con la aprobación de la LDCV.

No obstante, no se debe perder de vista que, por razones históricas, que se han mantenido en el régimen actual, son muchos los Ayuntamientos de la CAPV que cuentan con registros municipales de parejas de hecho, teniendo sus inscripciones el mismo efecto constitutivo, siempre y cuando al practicar dicha inscripción se observen los requisitos establecidos en

la LPH, lo que deberá ser verificado por el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV (artículo 3.3 LPH).

La experiencia práctica nos enseña que esta previsión de la ley –registros municipales de parejas de hecho- ha contribuido a la consolidación de la institución.

Ahora bien, en este mismo sentido, es conveniente recordar que algunos de estos registros municipales, entre otros el de Gasteiz, se constituyeron con anterioridad a la aprobación de la ley 2/2003. En estos casos, la validez, eficacia y sometimiento a la LPH de las inscripciones en registros municipales anteriores al 24 de mayo de 2003 (fecha de entrada en vigor de la LPH) quedaba subordinado al previo consentimiento de los integrantes de la pareja y al cumplimiento de los requisitos legales establecidos (DT 1ª LPH). En más de una ocasión estas inscripciones previas a la ley han resultado controvertidas y discutidas en los Tribunales, negándoles reconocimiento y validez a aquellas que no cumplían los requisitos legales establecidos, así lo ha declarado, entre otras, el TSJP en su sentencia de 27.04.2016 (Roj. STSJ PV 2998/2016) manifestando que: "*si bien acredita la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho del Ayuntamiento de Vitoria, la propia certificación da cuenta que se trata de una inscripción que no conlleva los derechos y deberes de la ley 2 /2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (…)*".

Un aspecto que diferencia los matrimonios de las parejas de hecho inscritas, de cara a los hechos que pueden acreditarse mediante una certificación registral, radica en que, como constata la Sentencia del TSJPV de 8 de septiembre de 2016 (Roj. STSJ PV 2899/2016), la presunción de vivir juntos que el artículo 66 del CC. reconoce a los cónyuges, no existe en la LPH vasca. Este hecho, por otro lado, debe ser tenido en cuenta (y quizás, considerado) por los efectos indirectos la falta de tal presunción puede tener, particularmente, en otros ámbitos del Derecho de familia o, incluso, en el ámbito del Derecho patrimonial.

3.4.2.3 El régimen económico patrimonial.

La LPH faculta a los miembros de la pareja de hecho pactar y establecer el "régimen económico-patrimonial" (que, propiamente, no es un régimen económico matrimonial, porque no hay matrimonio) que libre y voluntariamente convengan, al igual que los cónyuges pueden pactar su "régimen económico matrimonial". Pueden formalizar sus pactos tanto mediante documento público, como mediante documento privado–a diferencia de los cónyuges, cuyas capitulaciones matrimoniales sólo cabe formalizarlas en escritura pública-. Los únicos límites que deben respetar son los fijados en el apartado 2

del artículo 5 LPH, no pudiendo pactarse la constitución de la pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición.

A partir de la modificación introducida por la LDCV en el artículo 5 de la Ley 2/2003 de parejas de hecho (Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, que modifica el apartado 3 del artículo 5 de la LPH), el régimen económico-patrimonial de las parejas, en defecto de pacto expreso, será el de separación de bienes[1]. Antes, no existía una determinación de régimen por defecto, dejándolo al libre arbitrio de las partes y limitándose a decir (como sigue todavía hoy diciendo el artículo 6 de la Ley 2/2003) que, en defecto de otro pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan y a apuntar en abstracto unos contenidos concretos que habrán de incluirse, pero sin definir el sentido de la regulación respecto a cada uno de ellos.

En este punto cabe decir que, partiendo de las aportaciones hechas por la dirección de política familiar de Gobierno vasco, en el ámbito de las parejas de hecho no se aprecia, con posterioridad a la entrada en vigor de la LDCV, un aumento significativo en el número de parejas de hecho que hayan optado por regular las relaciones económico-patrimoniales derivadas de su unión de acuerdo al régimen de comunicación foral de bienes. En concreto, a partir de los datos estadísticos en materia de parejas de hecho, obtenidos de la Aplicación informática (Y07B) para la gestión del Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, se constata que en el periodo comprendido desde el 3 de octubre de, fecha de entrada en vigor de la LDCV, hasta el 31 de diciembre de 2018, del total de inscripciones de la declaración de constitución como pareja de hecho practicadas en dicho periodo, y que ascienden a 43.475, únicamente 211 parejas optaron por regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión en base al régimen de comunicación foral de bienes[ccx]. Por el contrario, la mayoría de las parejas de hecho (en particular, 18.722), optaron por someter las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión al régimen de separación de bienes, y, seguidamente, pero en menor medida, por el de bienes gananciales (en este último caso, un total de 12.782). Estos datos, por lo demás, parecen ser equiparables, a la vista de lo que nos aporta la base de datos del Índice Único Notarial,

[1] Nueva redacción del artículo 5.3, introducida por la LDCV: "A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en ésta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil».

con la tendencia que siguen los matrimonios en sentido estricto a la hora de elegir su régimen matrimonial.

Por otro lado, ha sido también advertido por las aportaciones varios vocales de la Comisión, se haya llegado a cuestionar, si el régimen económico de las parejas de hecho tiene sólo una base consensual, basado en el pacto entre las partes, o tiene también un respaldo legal que permita oponerlo frente a terceros. Así, una consecuencia concreta de dicho planteamiento teórico ha sido la polémica sobre si las adquisiciones de bienes inmuebles hechas por parejas de hecho al amparo de un régimen económico determinado, pueden o no tener acceso al Registro de la Propiedad. Este acceso ha llegado a ser denegado en algún caso, en la medida en que, si bien plenamente válidos entre los miembros de la pareja de hecho, dichos pactos de regulación del régimen económico de la pareja carecerían, en opinión del registrador, de eficacia frente tercero[ccxi]. Conforme a esta interpretación, al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procedía la aplicación del régimen económico matrimonial ni su acceso al Registro de la Propiedad, que es únicamente aplicable a los matrimonios, independientemente de los efectos que puedan tener entre las partes los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de parejas de hecho. También se citó, por otro vocal de la Comisión, el caso del Registro de la Propiedad de Santurce, donde inicialmente se negó el acceso al Registro de una adquisición realizada por una pareja de hecho que había optado por el régimen de gananciales aduciendo que el Parlamento vasco carecía de facultades al respecto por considerar no aplicable el régimen de gananciales en los supuestos en los que no hubiera matrimonio, criterio que lógicamente podía extenderse al Régimen de Comunicación Foral[ccxii]. Sin embargo (en recurso posterior) este planteamiento se rechazó por la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia de 29 de diciembre de 2016, aplicando la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de junio de 2011[ccxiii].

En todo caso, el problema sigue ahí y, como han advertido conjuntamente los vocales designados por el Decanato del País Vasco del Colegio de Registradores, no sólo algún registrador, partiendo de la independencia propia de su función calificadora, puede denegar la inscripción de bienes con carácter común a los integrantes de parejas de hecho[ccxiv], sino que también existe cierto número de notarios que, tras acreditar la situación de pareja de hecho sometido al régimen económico patrimonial de gananciales, demandan

la inscripción por mitades indivisas ya que consideran el pacto carece de eficacia frente a terceros y así lo hacen constar en los propios instrumentos públicos.

Por ello cabe plantearse alguna intervención legislativa que deje claro cuál es la eficacia del referido pacto, y si para ello es necesario algún requisito adicional a la inscripción en el Registro de Parejas de hecho. Y que, como se ha señalado expresamente en las aportaciones recibidas de vocales, tenga en cuenta los dos nuevos reglamentos europeos antes citados que han venido a incidir en este asunto, en materia de regímenes económicos matrimoniales y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, aplicables a partir del 29 de enero de 2019.

3.4.2.4 Cláusulas generales.

Otra de las previsiones que contempla la normativa vasca es la posibilidad de que la pareja de hecho, al inscribirse y en defecto de otro pacto, acuerde adherirse a las cláusulas generales expresamente recogidas en el artículo 6 LPH.

La adhesión a estas cláusulas generales, caso de hacerlo, conlleva someterse a determinadas previsiones legales que buscan la protección de los hijos, si los hubiera, y de la parte más desprotegida en caso de ruptura de la pareja o de fallecimiento de una de las partes.

En la actualidad las cláusulas generales de la ley vasca prevén:

- la contribución al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal en los términos delimitados;

- la prohibición de enajenar, gravar o, en general, disponer de su derecho sobre los bienes comunes de la pareja de cualquier forma que comprometa su uso sin el consentimiento del otro;

- Y, los efectos del cese de la pareja, reconociendo los siguientes derechos:

a) Una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente su sustento en algunos de los supuestos previstos.

b) Una compensación económica a favor de quien, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que

se haya generado una desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto;

c) El derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes, cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja o contrajera matrimonio. Este último efecto, recogido en las cláusulas generales del artículo 6 de la LPH, sería conveniente que cuando sea revisado por el legislador se proceda a su adecuación a la LDCV, ya que, en esta última, se reconoce el derecho de habitación tanto al cónyuge viudo como al miembro superviviente de la pareja de hecho (artículo 54 LDCV) en la vivienda de la pareja, no sujeta a plazo, mientras no constituya una nueva pareja de hecho y ha modificado la configuración de la legítima.

La información facilitada por los responsables del Registro de Parejas de Hecho no incorpora los datos del número de parejas de hecho inscritas que se someten expresamente a estas cláusulas y cuantas no lo hacen, lo que nos impide poder facilitar una información más completa al respecto. Para sucesivas evaluaciones sería aconsejable solicitar a los encargados del Registro el desglose de la información relativa a la adhesión a las cláusulas generales.

En todo caso, las controversias judiciales habidas nos enseñan que "sólo cabe invocar y aplicar el artículo 6 de la LPH y sus cláusulas generales para regular el cese de la pareja de hecho en el único caso de que hubieran pactado adherirse expresamente a las mismas"[CCXV]. Por ello, la opinión mayoritaria de los operadores jurídicos es coincidente a la hora de señalar que la LPH vasca debería haber previsto unos efectos y obligaciones para la extinción de la convivencia. Y ello, a pesar de que la ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en casos de separación o ruptura de los progenitores ha coadyuvado a resolver muchos de los efectos, cuando hay descendencia común.

3.4.2.5 Régimen sucesorio.

En lo que respecta al régimen sucesorio, el miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, en el Derecho civil vasco, está plenamente equiparado al viudo o viuda. Así lo reconocen tanto la Disposición Adicional Segunda de la LDCV como el artículo 9 LPH.

Las consecuencias en el ámbito sucesorio que conlleva tal equiparación es objeto de pormenorizado análisis en otro apartado de este informe. No obstante, procede llamar la atención que el artículo 9 de la LPH se remite a la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, cuando dicha Ley está derogada por la Disposición Derogatoria de la LDCV. Esta referencia deberá ser corregida y remitirse a la ley 5/2015 vigente cuando se acometa la revisión de la ley.

Así mismo, apenas hay sentencias que hayan invocado el artículo 9 LPH. El caso más singular de los analizados es el resuelto mediante Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 22 de marzo de 2018 (Roj. SAP SS 118/2018), donde se discutía, a efectos de una póliza de seguro de la Federación de Montaña, si la referencia al cónyuge en cuanto al beneficiario para el caso de fallecimiento del asegurado era equiparable y podía hacerse extensible a la "pareja de hecho". La Sala, en este caso, resolvió que no, en razón a que "*el art. 9 LPH recoge la posibilidad de regular a efectos de régimen sucesorio los derechos de uno y otro integrante de la pareja de hecho*" y que al no probarse "*que existiera pacto o convenio alguno al respecto*" y estar "*ante una relación jurídica de naturaleza privada*" no podía prosperar el recurso.

3.4.2.6 Causas de extinción y cancelación en el Registro de Parejas de Hecho.

La ley vasca sólo alude al carácter constitutivo de la inscripción (artículo 3 LPH), pero nada dice del carácter constitutivo o no de la cancelación tras la ruptura de la pareja. El mismo podría inferirse del deber que el artículo 19 LPH impone a ambos miembros de la pareja, o a uno de ellos en los casos de decisión unilateral de "*instar la cancelación de la inscripción en el correspondiente registro*" añadiendo que "*ninguna de las partes podrá constituir nueva relación de pareja sometida a esta ley sin la previa cancelación anterior*". En todo caso, la controversia que pudiera suscitar esta cuestión parece que ha quedado definitivamente resuelta por los Tribunales, al haber sido reconocido el carácter constitutivo de la cancelación de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho ha por el TSJPV (sala contencioso-administrativo) en sentencia de 15 de junio de 2017 (Roj. STSJ PV 2403/2017)[ccxvi].

3.4.2.7. Derecho europeo.

El Reglamento (UE) número 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016 establece una regulación específica y autónoma a nivel europeo sobre los efectos patrimoniales de este

tipo de uniones. Tal y como la propia norma europea señala en sus Considerandos (en particular, en el Considerando 15), para garantizar la seguridad jurídica de las parejas no casadas en lo que respecta a su patrimonio y ofrecerles cierta previsibilidad, a nivel europeo se entiende conveniente reunir en un único instrumento el conjunto de normas aplicables a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

El tratamiento dispensado a las formas de unión distintas del matrimonio difiere en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo que debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las uniones de mero hecho. Aunque algunos Estados miembros regulan este último tipo de unión, ésta debe disociarse de las uniones registradas, que son las que por su peculiar condición jurídica se entiende deben ser reguladas en el Derecho de la Unión. Así, el Reglamento UE 2016/1104 regula exclusivamente las cuestiones derivadas de los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

De esta manera, el concepto de «unión registrada» se define a nivel europeo a efectos del Reglamento, mientras que el contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros. En tal sentido, el Reglamento europeo define, en su artículo 3, apartado a) el concepto jurídico de "unión registrada" como un "régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación".

Por su parte, el artículo 3 del Reglamento europeo se remite a la ley nacional como la ley aplicable en cuanto al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas. Como en los demás casos que analizamos, la remisión se efectúa con carácter erga omnes o de aplicación universal, siendo válida la remisión a terceros Estados o Estados no miembros[ccxvii].

Y claro está, si a nivel nacional conviven más de una legislación sobre la materia, la Ley nacional, no puede ser otra que la que resulte de la atribución que el ordenamiento jurídico nacional —el que corresponda a los miembros de la pareja de hecho—otorgue a las diferentes fuentes del Derecho internas.

El ordenamiento español es —a estos efectos— un ordenamiento complejo o federalizado y, en nuestro caso concreto, las fuentes del derecho vasco en esta materia son las que resultan aplicables en razón de la existencia de un Registro Vasco de Parejas de Hecho y del concepto de vecindad civil vasca. La equiparación del concepto europeo "unión registrada" con el de "pareja de hecho" que maneja la LPH (cuya constitución exige el previo registro o inscripción) resulta así la única interpretación viable para garantizar el efecto útil y directo del reglamento, puesto que, en el caso del Ordenamiento español cada Comunidad Autónoma tiene una legislación propia. No hay un registro común y unitario, ni existe un organismo que armonice tal dimensión registral. Ni el Registro Civil, ni el Registro de la Propiedad ni ningún otro registro a nivel estatal contienen, a día de hoy, asiento alguno referente al registro de uniones o parejas de hecho o sobre sus regímenes económicos.

Por ello, en el caso del País Vasco, la remisión a la legislación nacional que se efectúa por el Reglamento europeo apunta necesariamente a la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que cumple todos los requisitos de la definición europea. La Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho cumple el primer requisito o elemento de la definición de unión registrada dispuesta por el reglamento europeo, en el sentido de que el régimen aplicable a la unión o pareja tenga una regulación con rango legal. El régimen legal aplicable a las parejas de hecho a las que se refiere la Ley vasca también cubre las exigencias del segundo elemento de la definición europea, en el sentido de que la inscripción sea obligatoria para las personas a las que dicho régimen legal resulte aplicable. Y, finalmente, la Ley vasca satisface también las exigencias del tercer elemento de la definición europea, en el sentido de establecer en la misma Ley exigencias o formalidades mínimas que han de cumplirse para la creación o constitución de la pareja o unión registrada.

Dicho lo anterior, lo primero que surge del contraste entre la normativa europea y la vasca es la constatación del diferente punto de conexión que una y otra han elegido: la normativa europea se remite, como criterio subsidiario, a la residencia habitual de la pareja, mientras que la normativa vasca recurre a la vecindad civil como punto de conexión para la determinación de su propio ámbito de aplicación. Sin embargo, esta aparente discrepancia no origina disfunción alguna que apreciemos, ya que como en otros casos que hemos analizado, cualquier dificultad interpretativa se ha de resolver mediante la aplicación del

orden conflictual fijado en el propio reglamento europeo, que en este caso entra en juego sólo en ausencia de otro criterio interno. Así, en el artículo 33.1 del Reglamento 2016/1104 (UE) se dispone que se aplicarán para resolver los conflictos internos las leyes del Estado correspondiente y, sólo cuando éstas no existan, se atenderá a lo previsto en el apartado 2 del mismo artículo. Conforme a este último apartado, en defecto de normas internas en materia de conflicto de leyes, habrá que aplicar el ordenamiento vigente en la unidad territorial donde los miembros de la pareja de hecho tengan su residencia habitual.

Así mismo, el punto de conexión de la Ley nacional, prevalente sobre el supletorio establecido directamente a nivel general por el reglamento es, a su vez, subsidiario del fuero electivo. El Reglamento Europeo 2016/1104 establece un sistema electivo y, en su virtud, deja a la voluntad de los miembros de la pareja la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja constituida; las parejas podrán acordar la Ley aplicable entre las siguientes alternativas, incluso antes de constituirse como unión registrada:

—Por la residencia en el momento del acuerdo. La ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo;

—Por la nacionalidad en el momento del acuerdo. La ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo;

—Por la Ley constitutiva de la unión registrada. La ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

Esta última determinación del fuero legal es la aplicable por defecto en caso de ausencia de elección previa de los miembros de la unión registrada, tal y como establece el artículo 26 del Reglamento UE

Este sistema electivo establecido en el Reglamento Europeo tiene perfecto encaje en la legislación del País Vasco; así conforme al tenor del artículo 5 de la ley vasca de parejas de hecho ("Regulación de la relación y régimen económico-patrimonial"):

> *"1. Los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión mediante documento público*

o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como de las compensaciones económicas para el caso de la disolución de la pareja.

2. No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición. Las administraciones públicas no inscribirán en el registro los pactos que atentarán contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus miembros.

3. A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en esta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil".

A la luz de las consideraciones hechas anteriormente, y sin perjuicio de que sería interesante el recabar una confirmación al respecto por las instancias europeas competentes, podemos concluir que a los efectos del Derecho español y del Derecho Europeo, hay que entender que el Registro vasco (y las parejas de hecho registradas en el mismo), queda adscrito al ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento Europeo 2016/1104.

3.4.3. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, ley 7/2015).

La ley 7/2015 entró en vigor el 10 de octubre de 2015 (a los tres meses de su publicación en el BOPV). Desde entonces es la norma de Derecho Civil Vasco que ha tenido mayor aplicación práctica por nuestros Juzgados y Tribunales. El notable incremento experimentado de las sentencias relativas al Derecho civil vasco en el ámbito del derecho de familia se debe, fundamentalmente, al gran número de rupturas de progenitores que han de resolverse de conformidad con las previsiones recogidas en la Ley 7/2015. Al punto que quizás podríamos hablar de una pequeña "explosión" del derecho de familia en el ámbito del Derecho civil vasco.

En cuanto a las rupturas de pareja, según datos del EUSTAT, para ponernos en contexto, sólo en 2017 se produjeron 3.555 rupturas matrimoniales en la CAPV, tramitadas ante los tribunales, lo que supuso un 1% menos que en el año precedente. El 16,2% fue tramitado

en Álava, el 54,1 % en Bizkaia y el 29,8% en Gipuzkoa. En un 62,4% de las rupturas matrimoniales la demanda fue presentada conjuntamente por ambos cónyuges, en el 25% por la esposa y sólo en el 11,8% por el esposo. [ccxviii]

3.4.3.1. Ámbito de aplicación y objeto de la ley

La ley 7/2015 entró en vigor el 10 de octubre de 2015 tiene por objeto regular las rupturas familiares de los progenitores *"que tengan autoridad parental"* (artículo 2.1 Ley 7/2015), entendiéndolo como equivalente a la patria potestad. Esto conlleva que el legislador vasco ha optado por regular, única y exclusivamente, las rupturas de progenitores con hijos o hijas menores de edad o con la capacidad modificada, tal y como ha declarado la sentencia del TSJPV de 18 de septiembre de 2017 (Roj. STSJ PV 2787/2017). Por el contrario, en aquellas rupturas de progenitores con hijos o hijas comunes, todos ellos, mayores de edad, las reclamaciones de los alimentos deberán fijarse de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. Sólo cuando los hijos mayores de edad concurren con hijos menores de edad o con capacidad modificada quedarán sometidos a la ley 7/2015. Asimismo, también en las rupturas de pareja sin descendencia quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley 7/2015 y cualquier petición de pensión compensatoria o compensación del artículo 1438 CC quedará sometida al Código Civil como norma supletoria general (artículo 3.1 LDCV).

Los procedimientos judiciales a los que se aplica la ley 7/2015 son los enumerados en el artículo 1:

a) Los de nulidad, separación o divorcio y extinción de las parejas de hecho.

b) Los de modificación de medidas adoptadas en ellos.

c) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de las hijas e hijos menores.

d) Los que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de las hijas e hijos comunes.

En cuanto al ámbito de aplicación, la ley 7/2015 se aplica en todo el ámbito territorial de la CAPV.

Ahora bien, junto con el requisito territorial, además, para su aplicación deberá concurrir el "requisito personal" y ello significa que el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus descendientes menores deben ostentar, además, la vecindad civil vasca (artículo 2.1 Ley 7/2015), lo que es coherente con la LDCV en cuanto a la referencia a dicha vecindad civil como punto de conexión.

Sin embargo, en el curso de la evaluación se ha apuntado que, en la medida en que dicha ley afecta directamente al carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, podría existir una contradicción con lo regulado por artículo 9 .4 del Código Civil y el artículo 16 del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en la medida en que la legislación vasca no ha optado por referirse directamente a la vecindad civil o ley personal del hijo o hijos.

En relación con ello, la Dirección de Política Familiar y Diversidad constata que no ha tenido conocimiento, hasta la fecha, de la existencia de quejas o reclamaciones, en vía administrativa, cuestionando la exigencia de la vecindad civil vasca al progenitor o progenitores, y desconociendo la vecindad civil que ostenten los hijos o las hijas sobre las que tengan la autoridad parental. Del mismo modo, son pocos los o las vocales de la Comisión que en sus respuestas han mostrado preocupación por esa posible contradicción entre la legislación vasca y los convenios internacionales de los que es parte el Estado español, probablemente porque no es muy habitual que las vecindades de padres e hijo difieran. No obstante, como también apunta uno de los vocales, ello no significa que no haya un riesgo de cuestión de inconstitucionalidad el día en que las vecindades de padres e hijo difieran, pues parece razonable considerar que el art. 2 es una norma para resolver conflictos de leyes.

En el caso de que sólo uno de los progenitores tenga la vecindad civil vasca y el otro no, el artículo 2.2 ley 7/2015 prevé que se estará a la vecindad civil vasca y será de aplicación la ley vasca, si es la elegida por ambos progenitores en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio o constitución de la pareja de hecho, lo que parece inspirado en lo previsto por el artículo 9.2 CC. Lamentablemente los datos disponibles en la estadística notarial no nos permiten conocer cuántos instrumentos públicos se han otorgado materializando la opción prevista en la ley en el período 2015-2018.

En defecto de elección, el artículo 2.3 ley 7/2015 prevé que la ley vasca resultará de aplicación, en el caso del matrimonio, si el lugar de residencia habitual común al tiempo

de presentación de la demanda estuviera fijado en la CAPV y, en el caso de las parejas de hecho, se hará atendiendo al lugar de residencia inmediatamente anterior a su disolución. La doctrina científica ha advertido que el precitado apartado 3 del artículo 2 no resuelve todos los supuestos que en la práctica pueden concurrir. Así, en primer supuesto que suscita duda es el del matrimonio o pareja de hecho que antes de la presentación de la demanda, en caso de ser matrimonio, o de la disolución de la pareja de hecho, haya cesado la convivencia meses antes. Con una interpretación literal del precepto, no podríamos incardinar ese supuesto en el epígrafe 3º. Igualmente, a pesar de no ser muy habitual, existen matrimonios y parejas de hecho que no conviven en el mismo domicilio, y tampoco éste supuesto sería regulado por el epígrafe. Hasta el momento estos singulares casos no han sido planteados ante los Tribunales, por lo que al tiempo de emitir el presente informe carecemos de doctrina jurisprudencial al respecto.

Uno de los aspectos que se puede remarcar tras el análisis jurisprudencial realizado es que las sentencias, en su fundamentación jurídica, habitualmente contienen invocaciones tanto a la ley 7/2015 como al Código Civil en aquellos ámbitos en los que la ley vasca cuenta con regulación propia, cuando lo correcto sería aplicar una u otra ley, en función de la concurrencia del punto de conexión previsto en nuestro ordenamiento jurídico propio. Ello podría ser consecuencia de que las partes intervinientes, en sus escritos alegatorios, omitan hacer referencia alguna a la vecindad civil vasca como punto de conexión y aplicación de nuestra ley y, ante tal omisión, los Tribunales opten por cubrirse incorporando en sus resoluciones referencias normativas a ambos textos legales (CC y ley 7/2015), máxime cuando el paralelismo entre ambas regulaciones es notable. Sin embargo, a la espera de que se plantee el caso, no tenemos datos para corroborar esta suposición.

3.4.3.2. Pactos en previsión de ruptura de la convivencia

Uno de los principales instrumentos que diseña la ley 7/2015 para reducir la litigiosidad y ayudar a resolver los problemas que plantea las rupturas de los progenitores son los *"pactos en previsión de ruptura de la convivencia"*, regulados en el artículo 4 ley 7/2015, que se pueden otorgar antes o durante la convivencia, necesariamente en escritura pública, siguiendo la tradición del CC con las capitulaciones matrimoniales. La ley vasca, asimismo y siguiendo esa misma tradición, prevé que estos pactos *"quedarán sin efecto*

en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año", siguiendo en este ámbito lo dispuesto en el artículo 1334 del CC: "***todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de*** *no contraerse en el plazo de un año".*

Por otro lado, estos pactos, que obligan a los firmantes (artículo 4.5 ley 7/2015), en ningún caso resultan vinculantes para los Juzgados y Tribunales, pudiendo éstos últimos acordar las medidas de *ius cogens* que consideren más beneficiosas para los menores, sean las recogidas en el pacto o justamente las contrarias.

No es fácil determinar el número de estos pactos que se han otorgado en Euskadi desde la entrada en vigor de la referida ley, ya que no existe una estadística notarial concreta que los mida. De las estadísticas disponibles en la base de datos del Índice único notarial la que, por su denominación, más podría asimilarse, es la relativa a las "capitulaciones matrimoniales sin pactar régimen matrimonial" dado que estas capitulaciones, sin referirse al régimen económico matrimonial, podrían atender a todo el contenido previsto en la ley 7/2015 para los pactos en previsión de ruptura de la convivencia. Si ello fuera así, podríamos hablar de un ligero repunte a partir de la entrada en vigor de la ley 7/2015, que difícilmente podríamos considerar significativo o atribuible directamente a la ley (especialmente, teniendo en cuenta que sólo están disponibles los datos a nivel estatal, no desagregada para Euskadi).

Por otro lado, tampoco sería descabellado pensar que estos "pactos en previsión de ruptura de la convivencia" se contuvieran no en una escritura independiente, sino dentro de las capitulaciones prenupciales o postnupciales que establezcan alguno de los regímenes económico matrimoniales (por ejemplo, el de separación de bienes) distintos a los que la LDCV dispone por defecto. Esta posibilidad dificultaría aún más determinar cuántas de las escrituras de capitulaciones prenupciales y postnupciales contienen o no dichos pactos, impidiéndonos conocer el uso real de la figura.

Otro de los datos que resultaría de gran interés a los efectos de evaluar el impacto del Derecho civil vasco sería poder determinar cuántos de dichos pactos contienen efectivamente la previsión o compromiso de acudir, con carácter previo a la vía judicial, a la mediación familiar con objeto de resolver mediante el diálogo aquellos conflictos que puedan surgir tras la ruptura.

3.4.3.3 La mediación familiar en la Ley 7/2015

Otra de las características que singularizan a la ley 7/2015 es el protagonismo que el legislador vasco ha dado a la mediación familiar como instrumento clave para reducir la litigiosidad en esta materia, dedicándole todo el Capítulo III.

La evaluación de la incidencia que la mediación familiar ha tenido en las rupturas familiares exige, en primer lugar, tener presente los tipos de mediación familiar coexistentes y sus características. En el País Vasco, la mediación puede ser extrajudicial o intra-judicial (artículo 6 ley 7/2015) y el Gobierno vasco cuenta con sendos servicios de mediación en ambos casos. Además, por supuesto, también se puede acudir a los servicios de profesionales que se dedican a la mediación familiar, existiendo un registro de profesionales a tal efecto también gestionado desde Gobierno vasco, el Registro de Personas Mediadoras, siendo obligatoria la inscripción en el mismo para poder ejercer como mediador de familia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

La mediación extrajudicial es la que se produce con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. Sólo resultará obligatorio acudir a ella cuando así lo hubieran pactado los progenitores en el pacto de previsión de ruptura. En defecto de pacto, los progenitores podrán acudir a la mediación extrajudicial para intentar reconducir mediante el diálogo y, con la ayuda de los y las profesionales autónomos o del servicio de mediación familiar, intentar resolver las discrepancias o desacuerdos que mantengan en relación a su ruptura cuando libre y voluntariamente así lo acuerden.

La mediación intra-judicial es la que se produce iniciado ya el procedimiento judicial. El Juez, de oficio o a petición de una de las partes litigantes, puede derivar a los progenitores, con carácter obligatorio, a una sesión informativa de mediación intra-judicial. También los progenitores de común acuerdo, una vez iniciado el procedimiento judicial, podrán solicitar al Juez la suspensión del procedimiento judicial en curso para someterse a mediación familiar.

En ambos casos, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.4 ley 7/2015, para que los acuerdos alcanzados en los servicios de mediación familiar puedan tener eficacia *erga*

omnes o frente a terceros, necesitarán de aprobación judicial. Los datos estadísticos relativos a estos servicios están disponibles en las memorias anuales de ambos servicios del Gobierno Vasco.

Sin embargo, no resulta sencillo extraer de dichos datos grandes conclusiones, dado que los datos no son siempre congruentes ni emplean los mismos indicadores entre los distintos servicios, e incluso pueden variar de un año a otro dentro de las memorias elaboradas por el mismo servicio (a la vista de lo cual, se recomienda a ambos servicios de mediación extrajudicial e intra-judicial que, en el ámbito de aplicación de la ley 7/2015, utilicen los mismos indicadores para facilitar su evaluación). Además, como recuerda la Dirección de Política Familiar y Diversidad, es necesario tener en cuenta que el acceso al Servicio Público de Mediación Familiar que ofrece el Gobierno Vasco sólo está condicionado al hecho de que, al menos, uno de los progenitores resida y figure en el Padrón de cualquier municipio de la CAPV en la fecha en que soliciten someterse voluntariamente a la mediación familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 185/2015, de 6 de octubre, de cartera de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales, sin que sea requisito atender a la vecindad civil de los progenitores, como lo es para la aplicabilidad de Ley 7/2015. Es decir, al amparo de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, los servicios de mediación atienden también casos de ruptura que no están sometidos a la Ley 7/2015 sino a otras normativas (sea el Código Civil u otras) y están también habilitados para abordar asuntos que exceden el objeto de la Ley 7/2015. Aunque, efectivamente y como queda constancia en las memorias, la mayor parte de los asuntos que tratan son procesos de mediación con vistas a lograr un acuerdo, entre otros aspectos, sobre el régimen de guarda y custodia sobre sus hijos o hijas y, podemos asumir que, en la mayor parte de casos, en supuestos que han de resolverse al amparo de la Ley 7/2015.

En todo caso, los datos analizados apuntan, como tendencia generalizada (sobre la que luego volveremos), a un aumento sostenido del número de expedientes tramitados, tanto por el servicio de mediación extrajudicial como en relación con el servicio intra-judicial, y a una notable efectividad de los servicios, que en el caso de la mediación intrajudicial alcanza acuerdos en prácticamente la mitad de los asuntos. Acuerdos que, suponemos (aunque convendría comprobarlo, al tratarse de un dato de especial relevancia)

produciéndose en sede judicial, contarán en su práctica totalidad o mayor parte con una posterior ratificación judicial.

Como curiosidad, en las memorias del servicio de mediación familiar intra-judicial llama la atención que la mayor parte de las derivaciones experimentadas se concentran en un reducido grupo de juzgados, al parecer especialmente concienciados[ccxix].

En cuanto al contenido de los asuntos tratados en la mediación, o de los acuerdos obtenidos dentro de la misma, los datos de ambos servicios parecen apuntar a que, aunque el modelo mayoritario siga siendo el de custodia monoparental a favor de la madre, el régimen de guarda y custodia compartida va incrementándose y consolidándose, siendo especialmente significativo el dato registrado en el territorio de Gipuzkoa en 2017 donde alcanza el 50,9%. Este cambio de tendencia debe vincularse a la influencia de la ley 7/2015 y, lo que aún es más importante, a una mayor concienciación en la corresponsabilidad en el cuidado de las hijas e hijos de los progenitores o a las peculiaridades asociadas a los horarios laborales de muchas parejas que les anima a optar por este modelo.

En todo caso, las memorias de los servicios de mediación apuntan a que los acuerdos favorables a la custodia compartida (con plasmación en acuerdos consensuados favorables a una distribución equitativa tanto de tiempos de atención, como de convivencia y pernocta) se encuentran en fase de asentamiento, siendo aún difícil obtener conclusiones definitivas.

En el debe de los datos que resultarían más útiles conocer a los efectos de esta evaluación, debemos destacar que no consta el porcentaje de acuerdos (sean en mediación intrajudicial o extrajudicial) que han sido homologados sin cambios por el Juez y cuántos han requerido ser modificados o cuál es el porcentaje de los anteriores en que se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura. Este dato resulta de vital trascendencia para determinar la interacción entre la efectividad de la mediación y el *ius cogens* o derecho indisponible, en beneficio de los menores.

Ni consta tampoco, respecto del porcentaje de acuerdos en los que se propone la atribución, en exclusiva, del régimen de guarda y custodia a uno sólo de los progenitores, cuál es el alcance o carácter del régimen de visitas propuesto (esto es: amplio o flexible; o, por el contrario, estricto). Así mismo, en las memorias de mediación familiar extrajudicial no consta el porcentaje de acuerdos en los que se propone un régimen de derecho de uso

de la vivienda ni, claro está, del porcentaje de acuerdos en los que se propone la atribución, en exclusiva, de la vivienda justificándose por necesidades del menor y en cuántos por acreditar una mayor necesidad del progenitor. Tampoco se dan datos, ni en uno ni en otro servicio, en relación con el papel de abuelos y abuelas y otra familia extensa en todo este proceso.

Sería deseable, por ello, y en orden a una mejor evaluación del impacto de la norma, que todos estos datos se empezaran a recabar, y se pusieran en relación con los que, en este mismo documento, se apuntan desde el ámbito judicial.

3.4.3.4 Medidas judiciales en defecto de pacto

El Capítulo IV de la ley vasca (artículos 7 a 11 ley 7/2015) es el que está dedicado a establecer los criterios que deberán tener en cuenta los Tribunales para determinar las medidas que han de regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, en defecto de acuerdo entre las partes. Lo que el legislador vasco ha buscado con estas medidas es garantizar el ejercicio conjunto de la patria potestad, asegurar la alimentación de los hijos e hijas, así como asegurar el mantenimiento del vínculo relacional de los menores con ambos progenitores y con el resto de parientes y personas allegadas.

En todo caso, procede recordar que todas las actuaciones o medidas que afecten a menores (tanto en procedimientos judiciales de mutuo acuerdo como contenciosos) deben guiarse por el principio del *favor filii* o del interés del menor.

3.4.3.5 Patria Potestad

La primera de las medidas que deben acordar los Tribunales exige concretar cómo se va a desarrollar el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos e hijas menores de edad o con capacidad modificada.

La opción del legislador vasco es el ejercicio conjunto de la patria potestad (artículo 8 ley 7/2015). Se apuesta por la corresponsabilidad parental, por ser la que asegura que ambos progenitores participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de la prole y en la

toma de decisiones trascendentales para éstos. Este ejercicio conjunto de la patria potestad conlleva que las decisiones trascendentales de éstos relativas a su salud, educación, residencia, traslados al extranjero, administración de sus bienes etc., en definitiva, todas aquellas que trascienden los actos meramente de cuidado y atención diaria deben ser consensuados entre ambos progenitores. Por el contrario, la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno sólo de los progenitores está reservada por en el Derecho civil vasco a casos excepcionales en los que la atención y beneficio de los hijos e hijas menores así lo aconseje y sea acordado por el Juzgador.

El análisis jurisprudencial realizado ha permitido constatar que la atribución conjunta del ejercicio de la patria potestad constituye, efectivamente, la regla general de los pronunciamientos judiciales. Tal y como señalan las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava 149/2016, de 2 de mayo y 107/2016, de 23 de marzo, siguiendo la doctrina del TS de fechas 31-12-90 y 11-10-91, la "patria potestad" se concibe como un derecho-deber o como un derecho-función, que puede en determinados casos, y por causa de esta concepción restringirse o suspenderse, e incluso privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos; pero que (como precisa la sentencia de 10 de febrero de 2012) tal limitación ha de reputarse excepcional por su gravedad y aplicarse únicamente en casos extremos, de modo que para establecerla no baste la sola constatación de un incumplimiento, sino que sea necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor.

Es por ello que en los casos examinados los Tribunales vascos, atendiendo al interés de los menores, han acordado generalmente el ejercicio conjunto de la patria potestad.

3.4.3.6 Guarda y custodia compartida

Cuando se produce la ruptura de una pareja con hijos comunes menores de edad o con capacidad modificada, una de las principales medidas de *ius cogens* u orden público que ha de fijarse en la Sentencia es el régimen de custodia al que quedarán sometidos los descendientes, pudiendo ser ejercida de forma compartida o de forma exclusiva.

La guarda y custodia compartida se regula en el apartado 3 del artículo 9 de la ley 7/2015. En la ley vasca hay una clara vocación legislativa de que, siempre que sea posible, se adopte este régimen. La norma entiende que lo más beneficioso para los menores es que puedan crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, salvo que concurran circunstancias que lo desaconsejen. Concretamente el precepto dice que se acordará "*siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores*".

Los pronunciamientos dictados por las Audiencias Provinciales de la CAPV han supuesto que, en la práctica, la custodia compartida se haya convertido en la opción preferente[ccxx]. No obstante, debe de tenerse en cuenta que la ley vasca exige para su adopción la "*petición de parte*" (el Juez de oficio no podría acordarla) y la jurisprudencia, además, exige que la petición de guarda y custodia vaya acompañada de un *"plan de parentalidad"* que se pueda discutir y valorar. Sin ambos requisitos no podrá ser acordada por el Juzgador[ccxxi].

Uno de los aspectos más controvertidos en la atribución del régimen de custodia compartida es el de las malas relaciones entre los progenitores.

La ley vasca es muy clara al señalar que, en principio, no son obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor (artículo 9.2 ley 7/2015). Nuestras Audiencias Provinciales así lo vienen aplicando[ccxxii]. Sólo cuando esas malas relaciones entre los progenitores sean "*relevantes desde la perspectiva de la menor*" al punto de hacer inviable un ejercicio conjunto de la educación y cuidados que precisa, *"siendo muy probable que la menor se vea implicada en el conflicto personal de sus progenitores, pudiendo repercutir en la estabilidad emocional de la menor"* tendría relevancia para denegar y no acordar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida[ccxxiii].

El análisis jurisprudencial realizado confirma la existencia de distintas fórmulas de aplicación de guarda y custodia compartida. La mayoría de las resoluciones judiciales optan por tiempos de permanencia iguales entre ambos progenitores, siendo la alternancia semanal la opción claramente dominante. Existen sentencias con periodicidades distintas al 50%, pero son las menos habituales.

La ley vasca, asimismo enumera, en el artículo 9.3 ley 7/2015, las circunstancias que, en todo caso, debe valorar y atender el Juzgador para adoptar este régimen de custodia. Casi

todas son análogas a las establecidas por el Tribunal Supremo en su doctrina[ccxxiv], aunque alguna de ellas son exigencias propias de nuestro ordenamiento jurídico.

La primera de las circunstancias a valorar, recogida en el apartado a) del artículo 9.3 ley 7/2015, será la práctica anterior de los progenitores con los y las menores, sus "*actitudes personales"* y la "*vinculación afectiva de los y las menores con cada uno de sus progenitores".*

Tanto la doctrina científica como la doctrina jurisprudencial son unánimes al señalar que la alusión a las *"actitudes"* de los progenitores obrante en la ley vasca se trata de una errata y que lo realmente pretendido era que se valoraran las *"aptitudes"* de los progenitores, como así lo viene interpretando nuestra jurisprudencia[ccxxv]. Prueba de ello es que en el apartado e) del mismo precepto se habla de la "*actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores*" y en el apartado h) nuevamente se alude a la "*actitud, voluntad e implicación"* de los progenitores, lo que sería una reiteración carente de sentido.

Por otro lado, la alusión a la "*vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados"* con cada uno de los progenitores es propia de la ley vasca. No está previsto por la jurisprudencia del TS. El progenitor que haya estado más implicado en el cuidado de los y las menores tendrá *a priori* mayor vinculación.

La "*edad"* de los hijos e hijas es otra de las circunstancias que la ley vasca exige valorar en el apartado c) del artículo 9.3 ley 7/2015. En concreto, en la actualidad la lactancia (como factor vinculado a la edad) puede impedir temporalmente la custodia compartida, pero no permite alargar indefinidamente su fijación[ccxxvi].

Otra de las circunstancias a tener en cuenta es *"la opinión expresada por los hijos e hijas siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años"*, previsto en el apartado d) del artículo 9.3 ley 7/2015. Hay consenso doctrinal y jurisprudencial sobre que la voluntad de los y las menores en modo alguno vincula la decisión judicial en cuanto a la medida a acordar. Ahora bien, dicho lo anterior, también resulta mayoritaria la opinión de nuestros tribunales que otorga mayor relevancia a la voluntad de éstos cuando van adquiriendo más edad[ccxxvii].

El apartado f) del artículo 9.3 ley 7/2017 señala que "*el resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4"* será otra de las circunstancias a valorar. En los casos de ruptura de los progenitores, cuando el establecimiento del régimen de custodia se convierte en un extremo litigioso que enfrenta a las partes, el informe elaborado por los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados adquiere una relevancia importante. Aunque no resulte vinculante para el Juzgador, sí constituye un elemento probatorio importante[ccxxviii], por lo que garantizar la calidad de dichos servicios y el rigor de su trabajo, y que el mismo se desarrolle en circunstancias adecuadas y con garantías para las partes implicadas, adquiere una relevancia trascendental.

El apartado h) del artículo 9.3 ley 7/2015 exige valorar no sólo las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, también habrá que atender a la "*actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes".* Esta última parte es reiterativa y totalmente prescindible ya que el apartado e) precedente ya contempla que "*el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos"* sea una circunstancia más a valorar por el Juzgador a la hora de acordar el régimen de custodia aplicable en cada caso.

Por último, la inclusión del apartado j) recogida en la ley vasca que permite invocar "*cualquier otra circunstancia concurrente que resulte relevante para el régimen de convivencia"* constituye todo un acierto del legislador vasco.

3.4.3.7 Guarda y custodia exclusiva o monoparental.

Aunque el establecimiento de este tipo de guarda y custodia no sea la opción preferente del legislador vasco, el apartado 6 del artículo 9 ley 7/2015 prevé que los Juzgados y Tribunales puedan acordarla "*cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan",* debiendo, en este supuesto, establecerse el régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor –el no custodio- que garantice las relaciones paterno-filiales así como, en su caso, con la familia extensa.

La doctrina científica viene advirtiendo de la conveniencia de coordinar la redacción del apartado 3 (custodia compartida) y del apartado 6 (custodia exclusiva) del artículo 9 de la

ley 7/2015, concordando los criterios exigibles en ambos supuestos. A tal efecto nos remitimos al análisis del apartado anterior.

El análisis jurisprudencial realizado, también, confirma que la mayoría de los casos de ruptura con atribución de guarda y custodia exclusiva de los hijos e hijas menores, ésta se ha atribuido a la progenitora materna. Estas decisiones se han sustentado, en muchos de ellos, en el historial de cuidados, en la especial vinculación materno-filial, en la voluntad de los y las menores (sobre todo cuando tiene una edad próxima a la mayoría de edad) y, generalmente, han contado con el informe favorable del equipo psicosocial[ccxxix].

3.4.3.8 Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios

La ruptura de los progenitores exige, asimismo, que la resolución que ponga término al procedimiento cuantifique y determine la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos e hijas.

La ley vasca lo regula en el artículo 10 Ley 7/2015. Lo hace desde una triple perspectiva[ccxxx]: ha de determinarse la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos; ha de definirse la proporción en que los progenitores deben contribuir a las necesidades extraordinarias; y ha de establecerse la periodicidad, forma de pago y bases de actualización de todo ello.

La experiencia práctica nos enseña que el tipo de custodia que se acuerde (compartida o exclusiva) incidirá directamente en el *quantum* de la pensión de alimentos para los hijos e hijas que se fija. Así, el establecimiento de una custodia monoparental conlleva que la contribución alimenticia del progenitor no custodio deba ser incrementada por cuanto que "*tanto la alimentación strictu sensu como la necesidad de vivienda serán satisfechos en su totalidad por la progenitora custodia*"[ccxxxi]. Por el contrario, en los casos en los que se establece la guarda y custodia compartida[ccxxxii], lo habitual es que cada uno de los progenitores asuma los gastos derivados de la estancia respectiva de los y las menores (así, habitación, alimentación, vestido, calzado etc.).

No obstante, para atender los otros gastos que no resulten individualizables de esta forma, las resoluciones judiciales suelen venir exigiendo a los progenitores la apertura de una cuenta conjunta en la que domiciliar estos gastos (colegio, comedor escolar, en y su caso, seguro médico, extraescolares y cualquiera otros que ambos convengan).

Uno de los aciertos de la ley vasca es la delimitación que incorpora entre *"gastos necesarios ordinarios"* (definiendo como tales a los gastos de los hijos e hijas que han de afrontarse de forma habitual y cuyo devengo es previsible, y que incluye a los que así sean considerados de mutuo acuerdo), de los *"gastos extraordinarios"* (definidos en el apartado 2, párrafo segundo del artículo 10 Ley 7/2015 como los destinados a cubrir necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos e hijas, y los cuales deben distribuirse conforme al apartado 3 de dicho precepto), de los *"gastos voluntarios no necesarios"* que deberán abonarse de común acuerdo, y a falta de éste, por el progenitor que haya decidido su realización.

La jurisprudencia analizada permite constatar que la contribución a los gastos extraordinarios de los menores se suele atender al 50% entre ambos progenitores, salvo que el diferente volumen salarial entre uno y otro progenitor aconseje establecer porcentajes asimétricos. Cuando esto último acaece, en la mayoría de los casos examinados, suele ser el progenitor paterno quien debe contribuir a estos gastos en un porcentaje mayor.

3.4.3.9 Régimen de comunicación y estancia.

El régimen de comunicación y estancia de los hijos e hijas menores o discapacitados con el progenitor que los tenga consigo aparece regulado en el artículo 11 de la ley vasca.

La regulación de este precepto está estrechamente vinculada con la finalidad que deben buscar las medidas que hayan de regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia y, en particular, busca garantizar el mantenimiento del vínculos paterno o materno-filiales exigidos por el artículo 7.2 c) ley 7/2015, pero siempre preservando el *favor filii* o el interés superior del menor.

Para que se den limitaciones al régimen general se exige, tal y como señala el artículo 11.2 Ley 7/2015, que concurran "graves circunstancias que así lo aconsejen" o "se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". La redacción de la ley vasca en este extremo es prácticamente idéntica al artículo 94 CC.

3.4.3.10 Relación con la violencia doméstica o de género

Los apartados 3, 4 y 5 del artículo 11 Ley 7/2015 contienen los criterios que deben seguir los Juzgados y Tribunales a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos, así como a la hora de fijar el régimen de estancia o de mera comunicación cuando uno o ambos progenitores están implicados en procesos penales por delitos de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos que convivan con ambos.

La primera consideración que cabe hacer es que a la vista del contenido de los epígrafes 3, 4 y 5 del artículo 11, lo más idóneo hubiera sido ubicarlos dentro del artículo 9, por ser la guarda y custodia la figura fundamental de la que derivan el resto de las medidas.

La actual redacción del artículo 11.3 ley 7/2015 impide atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, así como toda posibilidad de que pueda establecerse un régimen de estancia, comunicación y visita paterno-materno/filial al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por cualquiera de los delitos previstos expresamente cometidos contra el otro miembro de la pareja o los hijos e hijas que convivan con ambos, hasta la extinción de la responsabilidad penal.

Ahora bien, la ley vasca dentro de ese mismo apartado, también, contempla y prevé el supuesto en el uno de los progenitores se encuentre incurso en un proceso penal por cualquiera de los delitos precitados, sin haber recaído sentencia penal. En ese caso serán los Juzgados y Tribunales quienes valoren los "indicios fundados concurrentes" a los efectos de establecer o modificar las medidas que afecten a los hijos e hijas menores y fijar el régimen de guarda y custodia o régimen de estancia y visitas más idóneos en cada caso. Las medidas que acuerden se adoptarán atendiendo siempre al interés y beneficio de éstos (artículo 3.2 Ley 7/2015).

Insistimos que, desde el principio del interés superior del menor, cuando se decida la limitación de relación de un menor con cualquiera de sus progenitores, la decisión sobre la eventual privación debe ser entendida desde la perspectiva, ante todo y sobretodo, de la privación al menor de su derecho, y no de una privación al progenitor "incurso", aunque ambas vayan de la mano.

Es por tanto perfectamente normal que la privación total del derecho del menor a mantener contacto, visitas o relación con sus progenitores, o con las familias de estos, sea muy excepcional y que deba estar fuertemente motivada desde la propia perspectiva del menor, y de su seguridad y bienestar psicológico, con independencia de los actos que dicho progenitor haya podido realizar contra la propia madre o contra otras personas (nótese que alguien puede estar condenado por actos de violencia de género contra una persona, por ejemplo, con la que se ha tenido una relación anterior, y tener una familia y descendencia con otra).

Y, además, porque, desde este punto de vista y frente a la suspensión o privación, pueden y deben priorizarse aquellas otras medidas menos restrictivas (las modulaciones, cautelas, limitaciones y prevenciones a las que antes hacíamos referencia) que, permitiendo un control o supresión de los posibles riesgos que para el bienestar físico o psicológico del menor puedan derivarse del contacto con aquél progenitor implicado en un procedimiento de violencia de género, permitan no obstante mantener para el menor aquellos beneficios inherentes a todo contacto sano (y si fuera necesario, controlado) del menor con ambos progenitores, particularmente en aquellas fases más tempranas de su desarrollo.

Como antecedente relevante a estos efectos, acaecido dentro del periodo objeto de evaluación, no podemos dejar de recordar que los apartados 3, 4 y 5 del artículo 11, fueron objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera instancia e instrucción núm. 2 de Eibar, sustanciada bajo el número 2764-2017, por posible contradicción con el art 149.1.8 CE[ccxxxiii]. La cuestión de inconstitucionalidad fue inadmitida por Sentencia 77/2018 del TC en razón a la inadecuada formulación del juicio de relevancia. Ceñido el análisis al art. 11.3 de la Ley 7/2015, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de Julio de 2018[ccxxxiv] vino a afirmar que:

> *FJ 2 (…) este apartado fija un límite en su primer párrafo, pero no impone la aprobación judicial del acuerdo en lo relativo a la guarda y custodia compartida*

cuando no medie condena penal por sentencia firme por determinados delitos. Por el contrario, como señala el Gobierno Vasco, en su párrafo segundo otorga al Juez un amplio margen de apreciación al disponer que "los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen". Es decir, no dispone la Ley vasca la aprobación del acuerdo de custodia compartida "sin más", por utilizar la expresión del órgano promotor, lo que implicarla una decisión caracterizada por el automatismo. Se trata de la eventual aplicación de una norma facultativa, en un contexto normativo en el que el sentido y el alcance de la decisión judicial aparece siempre presidido por el principio del interés superior del menor (arts. 3.2, 5.8, 9.3 y 6 LRF, además del citado párrafo segundo del art. 11.3). Del conjunto de la regulación vasca se desprende, sin lugar a dudas, que la prevalencia del interés del menor y la discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos son por tanto principios nucleares de la Ley 7/2015, que en esta dimensión guarda, por lo demás, coherencia con la jurisprudencia constitucional (SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, y 185/2012, de 17 de octubre, FFJJ 3 a 8). Es doctrina constitucional que "cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos" (STC 18512012, FJ 4). En consecuencia, "el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional" (STC 185/2012, FJ 8). En el mismo sentido, para el Tribunal Supremo el principio del superior interés del menor es materia de orden público e implica que puede el Juez resolver de oficio sin estar sujeto al principio de rogación ni a la conformidad

de las partes, de forma que puede rechazar los pactos alcanzados si son perjudiciales para el menor (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2003, 30 de julio de 2009, y 15 de junio de 2018)".

En tal sentido, y por oposición a otras iniciativas legislativas también producidas dentro del periodo objeto de evaluación[CCXXXV], la redacción del artículo 11.3 Ley /2015 se considera más acertada y acorde con una visión de la realidad que la aplicación imperativa, indiscutible y sin excepciones recogido en el artículo 92.7 CC, tal y como avala la práctica que del referido precepto vienen realizando nuestros Tribunales.

3.4.3.11 Uso y disfrute de la vivienda familiar

Cuando se produce una ruptura, una de las medidas que mayores dificultades y controversias suele suscitar tiene que ver con la atribución del uso de la vivienda familiar y el sostenimiento de las cargas del mismo. El legislador vasco, consciente de ello, ha reservado el Capítulo V de la ley 7/2015 a su regulación.

Son tres los criterios generales de atribución del uso de la vivienda familiar previstos: 1) Lo que resulte más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas comunes; 2) la mayor necesidad de uno de los miembros de la pareja frente al otro; 3) La titularidad de la vivienda.

En principio se trata de criterios que sirven más de apoyo interpretativo para la decisión de la Juzgadora que de criterios determinantes.

El artículo 12.2 ley 7/2015 establece como norma general que la atribución de guarda y custodia exclusiva de los hijos e hijas menores o discapacitados conlleve la asignación del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio. No obstante, la anterior regla general, puede verse exceptuada en el caso de que *"el progenitor no custodio tuviera mayores dificultades de acceso"* a otra vivienda y esta medida fuera compatible con el interés superior de aquellos (artículo 12.3 ley 7/2015).

Sin embargo, la anterior regla general, quiebra en los casos de guarda y custodia compartida.

En estos casos, una opción es el uso alterno de la vivienda familiar por parte de los progenitores durante el tiempo que desempeñan la custodia, siendo los progenitores quienes se mueven de una casa a otra mientras los menores permanecen en la que fuera vivienda familiar. Este sistema de uso, denominado "casa nido", ha sido fuertemente criticado, tanto por la doctrina científica como por la doctrina jurisprudencial, puesto que suele generar problemas de convivencia entre los progenitores y también entre éstos y los hijos e hijas, sobre todo cuando llegan a la adolescencia.

El análisis jurisprudencial realizado del artículo 12.4 ley 7/2015 lo que revela es que cuando se fija la guarda y custodia compartida la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar se suele atribuir, mayoritariamente, a uno sólo de los progenitores, y son los hijos e hijas quienes se trasladan a los domicilios de sus progenitores custodios. A *sensu contrario* la "casa nido" es una opción excepcional para nuestros Tribunales. La preferencia en la atribución del uso de la vivienda la tendrá el progenitor "*que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso"* siempre que sea compatible con el interés superior de los hijos e hijas. Tiene la misma formulación que en el supuesto analizado del epígrafe 3º de atribución excepcional del uso de la vivienda en caso de custodia exclusiva al progenitor no custodio.

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por razones de necesidad, así como en el supuesto de custodia compartida con "casa nido", está sujeta a un plazo temporal máximo legal de 2 años. Este plazo podrá ser *"susceptible de prórroga"* en los términos legales previstos (artículo 12.5 ley 7/2015).

La ley habla de "prórroga" en singular. De su dicción literal parece inferirse que sólo cabe solicitarla una única vez. La ley vasca no define el tiempo máximo que deberá tener esa prórroga, sin embargo, los Tribunales vienen entendiendo que dicha prórroga no puede durar más que el propio plazo principal.

El artículo 12.7 ley 7/2015 dispone que, en caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta fuera privativa del otro o común de ambos, "*se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario".* A pesar del carácter imperativo del precepto, la interpretación que en el período al que se contrae este informe vienen realizando los Tribunales vascos es que, para que la sentencia fije una compensación por el uso a favor del progenitor privado del

uso de la vivienda familiar, debe haber una "*petición expresa*", por tratarse de una cuestión sometida a justicia rogada (art. 216 LEC). En tal sentido, deben justificarse no sólo los ingresos de ambos progenitores, sino también las características de la vivienda familiar y los precios de alquiler que se abonen en la localidad, o incluso en el mismo barrio o zona, por otras viviendas de características semejantes a ella[ccxxxvi].

Uno de los aspectos que habitualmente suscitan un sinfín de controversias es el de distinguir los gastos que corresponden al uso del inmueble, de aquellos otros gastos vinculados a la propiedad, porque en función de su calificación quien no usa y disfruta de la vivienda tendrá que contribuir o no al sostenimiento de ciertos gastos. El apartado 9 del artículo 12 lo clarifica, siendo éste uno de los grandes aciertos de la ley vasca. Así, el IBI, las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios y los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación y de suministros, tienen la consideración legal de gastos vinculados al uso, mientras que el préstamo hipotecario, el seguro de la vivienda y las derramas tendrán la consideración de gastos vinculados a la titularidad dominical del inmueble.

Los apartados 11 y 12 del artículo 12 están dedicados a las causas de extinción del derecho de uso y a los procedimientos judiciales a seguir en cada caso, delimitando cuándo pueden hacerse valer en ejecución de sentencia (lo que simplifica y agiliza su tramitación) y cuando debe instarse un procedimiento de modificación de medidas.

Su regulación constituye una novedad y un gran avance. No obstante, parte de la doctrina científica considera excesivo tener que acudir a un procedimiento de modificación de medidas para instar la extinción del derecho de uso de la vivienda cuando el beneficiario contraiga matrimonio, ya que bastaría la aportación de la certificación literal de matrimonio del Registro Civil para su acreditación indubitada. En su opinión, lo más acertado hubiera sido que éste concreto supuesto pudiera hacerse valer, también, en ejecución de sentencia.

3.4.3.12 Disposición Transitoria

La ley vasca incorpora una única disposición Transitoria. En ella se admite la posibilidad de que las medidas definitivas adoptadas antes del 10 de octubre de 2015, conforme a la

legislación anterior, puedan ser revisadas a petición de alguna de las partes o del Ministerio Fiscal y, en su caso, adaptadas a la nueva normativa vasca.

Se trata de una previsión legal especial, singular, que posibilita por tanto una modificación de medidas de forma diversa a los condicionantes previstos en los artículos 5, 7 y 13.4 de la ley 7/2015, o de los exigidos en los artículos 90.3 y 91 CC. Esto es, la referida disposición transitoria posibilita la modificación de medidas definitivas sin que se precise la acreditación de la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 12 de noviembre de 2018 (Roj. SAP SS 1363/2018) la ha interpretado señalando que *"en una recta interpretación de la disposición transitoria, lo que debe valorarse a efectos de revisión es si la aplicación del régimen jurídico sustantivo establecido por la Ley 7/2015 conlleva, aún contemplando la misma situación de hecho existente en el proceso primigenio, a un resultado distinto sobre las medidas adoptadas con arreglo al régimen legal anterior. Sin perjuicio obviamente que puedan concurrir alteraciones de circunstancias consideradas o contempladas en el convenio o la resolución anterior en orden a la modificación de las medidas definitivas adoptadas".*

El legislador vasco no ha establecido plazo para solicitar dicha revisión, pero la comprensión generalizada es que sólo podrá invocarse, y hacerse valer, una sola vez.

Esta previsión ha permitido, en determinados casos, la modificación del régimen de custodia monoparental, pasando a establecerse un régimen de custodia compartido[ccxxxvii]. En otros casos, ha contribuido a la ampliación del régimen de visitas del progenitor no custodio[ccxxxviii]. En cualquier caso, no todas las peticiones de revisión han prosperado. Los tribunales han analizado cada caso y, en función de las circunstancias concurrentes, se acuerda la revisión o se desestima la petición de modificación de medidas al amparo de la disposición Transitoria.

3.4.3.13. Derecho europeo e internacional.

Esta evaluación no podría estar completa, desde otro punto de vista, sin un análisis contradictorio de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, respecto a varias normas de Derecho europeo, principalmente Reglamentos, y respecto a otras normas internacionales, dada respecto a las segundas su consideración como parte del ordenamiento jurídico interno y su carácter vinculante y, particularmente, respecto a los primeros la aplicabilidad directa y el carácter prevalente del Derecho europeo de los reglamentos sobre las normas nacionales de los Estados miembros, incluida la Ley 7/2015.

Atendiendo al objeto de la Ley vasca 7/2015, que conforme a lo dispuesto en su artículo 1, resulta evidente que nos encontramos de lleno en el ámbito de la responsabilidad parental, lo que exige atender, con obligada preferencia, a la regulación contenida en el Convenio de La Haya de 1996, que se encuentra en vigor en España desde el día 1 de enero de 2011 y al que se expresamente se remite el Código Civil tras la reforma operada en el 2015, y el Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 arriba citado (que deroga CE 1347/2000, de 29 de mayo de 2000). Además, el Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, no es la única norma de Derecho europeo que afecta a la Ley vasca, ya que la Ley 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, incluye en su objeto la regulación de las relaciones familiares derivadas de los procedimientos que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de las hijas e hijos comunes. Y, siendo así, aunque el Reglamento antes citado (Reglamento 2201/2003), en su artículo 1.3, apartado e), excluye de su ámbito de aplicación las reclamaciones en materias de alimentos, para determinar la competencia y la Ley aplicable en relación con las cuestiones referidas a estos alimentos debe acudirse al Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Visto lo anterior, resulta inevitable advertir una posible contradicción entre lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores y las previsiones contenidas en el Convenio de la

Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, teniendo además en cuenta que en caso de contradicción se aplicarán siempre las conexiones del Convenio con preferencia.

Se observa como el artículo 2[ccxxxix] de la Ley 7/2015, exige para su aplicación, que el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas ostenten la vecindad civil vasca, atendiéndose como criterio subsidiario a la residencia común de los progenitores siempre que se halle situada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Por su parte, el Convenio de la Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, por su parte, al que se remite el apartado 4 del artículo 9 del Código Civil a la hora de determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental, pone el acento en la del Estado de la residencia habitual del niño (artículo 15.1 en relación con el artículo 5[ccxl] del Convenio). Ciertamente, esa regulación afecta, principalmente, a la determinación de la Ley aplicable de entre las de varios Estados, y no como en este caso, a la determinación de la Ley aplicable cuando se ha de elegir de entre distintos regímenes civiles que coexisten en el mismo Estado, pero las normas del Convenio no dejan de ser aplicable, también, a los conflictos internos de ley aplicable, ya que la publicación de dicho Convenio en el Boletín Oficial del Estado la convirtió en parte del ordenamiento interno sin la pueda modificarse por Ley, si no es por medio de los propios cauces que establezca la norma internacional (artículo 1.5 del Código Civil y artículo 96 de la Constitución [ccxli]).

Así, en atención en concreto al posible conflicto suscitado por la coexistencia de distintos regímenes civiles dentro del territorio español, ha sido también abordada por la jurisprudencia[ccxlii] en interpretación del Convenio, en aplicación de sus artículos 48 y 47, la remisión que el art. 9.4 CC efectúa a la "ley personal del hijo" para dilucidar las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales debe considerarse de conformidad con lo previsto en el art. 47.4 del Convenio, de acuerdo con el cual "cualquier referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad se interpretara como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho" . Y la residencia habitual del menor es considerado, por ello, el criterio determinante (en sintonía con las normas

generales del Convenio y lo dispuesto por el artículo 9.4 CC) para decidir cuál es la unidad territorial con la que el menor mantiene el vínculo más estrecho. En definitiva, en los supuestos estudiados por los tribunales, tanto la aplicación del artículo 48 a) del Convenio de la Haya de 1996, que remite al artículo 16.1 del Código Civil, como la aplicación del artículo 48 b) del citado Convenio y su remisión al artículo 47.1, nos conducen a la aplicación de la legislación aplicable conforme a la ley personal del hijo o hija, atendiendo a su vecindad civil, o a la aplicación de la legislación aplicable en la unidad territorial con la que el niño o niña presente el vínculo más estrecho, que se identifica con la anterior.

A mayor abundamiento, y con posterioridad a los pronunciamientos judiciales citados, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, supuso la reforma de las normas de Derecho internacional privado[ccxliii], en concreto los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9, normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 26/2015 "se trata de modificaciones que responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal".

Por su parte, el Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, también se fija en la residencia habitual del menor, que constituye el criterio general al que se atenderá para determinar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro. Así se contempla en el artículo 8.1[ccxliv] del dicho Reglamento (CE) No 2201/2003. Del mismo modo, también el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos también se remite a la residencia habitual del menor como determinante, ya sea por ejercitarse la demanda de forma accesoria (siendo competente para resolver en materia de obligaciones de alimentos el órgano jurisdiccional que también lo sea para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, lo que nos remite

de vuelta al Reglamento (CE) No 2201/2003), ya sea por ostentar el menor la cualidad de acreedor del derecho, cuando la demanda no es accesoria.

Respecto a las relaciones del Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, el artículo 61 del Reglamento señala específicamente el carácter prevalente del Reglamento al señalar que: "En las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio".

Sin embargo, la norma europea se abstiene en general[ccxlv] de resolver directamente la cuestión de la Ley aplicable, centrándose únicamente en la determinación del órgano jurisdiccional competente y dejando que sea el Convenio el que resuelva cuál es el Derecho aplicable. Por lo cual, a pesar de la prevalencia del Reglamento, este no altera de ningún modo las conclusiones ya vertidas en relación con Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, y la determinación de la Ley aplicable, incluida la determinación a los efectos de determinar cuál es el aplicable de entre los distintos regímenes civiles dentro del territorio español.

Atendiendo a lo expuesto, vemos que, en materia de responsabilidad parental, la residencia habitual de las personas menores de edad es el criterio general a que se refieren los instrumentos jurídicos anteriormente citados. Es por ello, que el artículo 2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, al fijar su ámbito de aplicación conforme a la vecindad civil de los progenitores y supletoriamente la residencia común de estos en la Comunidad Autónoma de Euskadi, se aparta en materia de responsabilidad parental del criterio aplicable conforme a la normativa internacional. En atención a ello, en caso de surgir discrepancias entre los progenitores sobre la ley aplicable a la materia y la competencia de los órganos jurisdiccionales, es de prever que los tribunales se decanten por la aplicación de la ley

aplicable conforme a la residencia habitual del menor, con independencia de la vecindad civil que ostente el menor o sus progenitores.

3.4.4 Otras leyes autonómicas relacionadas

3.4.4.1 Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia

Esta Ley 3/2005, no tuvo ni pudo tener en cuenta la posterior regulación contenida en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Así, por ejemplo, su artículo 47 establece disposiciones en relación con el derecho de los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir con sus padres y madres, o a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados y, en particular, con los abuelos, sin referencia alguna al régimen en caso de ruptura de la convivencia. Del mismo modo, otros artículos contienen referencias a los derechos y obligaciones de padres y madres, sin distinción entre aquellos que tengan o no atribuida la titularidad de la patria potestad, o la guarda y custodia, y sin previsión alguna respecto al régimen aplicable en caso de ruptura de la convivencia.

En general, la primera valoración que se puede hacer es que los datos facilitados son insuficientes para valorar el impacto de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia en este grupo poblacional y sus familias. Debemos partir del hecho de que la citada Ley es un texto ambicioso, trasversal, que no se limita a la protección de la infancia y adolescencia en situación de riesgo o desamparo, sino que tiene como objeto:

Artículo 1 Ámbito de aplicación y objeto

La presente ley tiene por objeto la atención y protección a la infancia y la adolescencia en garantía del ejercicio de sus derechos y de sus responsabilidades. En particular, tiene por objeto:

a) Garantizar a los niños, niñas y adolescentes que residan o se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco el ejercicio de los derechos que les reconocen la Constitución, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

b) Establecer el marco de actuación en el que deben ejercerse las actividades de fomento de los derechos y del bienestar de la infancia y la adolescencia, así como las intervenciones dirigidas a su atención y protección, en orden a garantizar su desarrollo en los ámbitos familiar y social.

c) Definir los principios de actuación y el marco competencial e institucional en el ámbito de la protección a niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o de desamparo, así como en el de la intervención con personas infractoras menores de edad.

Dicho esto, habida cuenta el material facilitado, se entiende que el análisis del impacto de la Ley 3/2005, se reduce al objeto de la misma enunciado en el apartado c) del art. 1, y desde esta perspectiva en los datos facilitados se observan las siguientes carencias:

No se indica si los datos son agregados (se acumulan los casos de un año al siguiente) o se recogen sólo los expedientes incoados en cada caso anualmente. En función de que guarde una u otra característica las conclusiones son distintas.

No se recogen los datos de cierre o cambio de expediente, que son fundamentales para determinar:

- si el sistema es eficaz (a fin de certificar que los menores entran y salen del sistema de protección, y no sólo entran)
- si dentro de la acción protectora, se respetan los principios legalmente establecidos en la norma (mantenimiento en la familia de origen, subsidiariedad, progresividad y proporcionalidad de la acción protectora)

Centrados, dentro del amplio abanico de materias y contenidos de la Ley que antes hemos enunciado, en la protección en casos de riesgo o desamparo, y la intervención con personas infractoras menores de edad, de cara al análisis de esta materia, es interesante ab initio tener en cuenta el esquema institucional y el notable reparto competencial del que partimos en esta materia.

Son elocuentes (y siguen en vigor), en tal sentido, las consideraciones que ya hizo el Ararteko con relación al sistema vasco de protección de la infancia y la adolescencia en su Informe Extraordinario, "Atención a la infancia y a la adolescencia en situación de desprotección", de septiembre de 1997, en el que se realiza una exposición de la configuración del sistema a nivel de la CAPV. Así, las competencias en esta materia se distribuyen entre las áreas de servicios sociales municipales y forales con distintas atribuciones que, en la práctica, generan una forma de actuación dispar entre territorios, afectando de forma significativa a la igualdad de los ciudadanos -de forma particular a los menores y sus familias, sean estas de origen, de acogida o adopción- y a la seguridad jurídica, que tanto nuestra Ley 3/2015 como la LO 1/1996, de 15 de enero y su legislación de desarrollo -incluida la contenida en el Código Civil - son incapaces de garantizar, ello a pesar de ser otra la intención expresada en su Exposición de Motivos.

Por otro lado, conviene también apuntar que, en esta materia, venimos de un anterior sistema eminentemente privado, tanto por su regulación como por la naturaleza de los agentes intervinientes y los medios de gestión empleados, que en un momento dado se demostró propenso a determinados abusos, que luego se ha querido corregir.

Como contraste o reacción a aquél, esta materia viene experimentando una pronunciada evolución de la protección de infancia desde la esfera privada, hacia una progresiva y creciente injerencia de la administración. Actualmente se da en la práctica una intensa administrativización de prácticamente todas las decisiones trascendentes en materia de protección de menores. A día de hoy, la Administración monopoliza la protección a la infancia, con todas las prerrogativas propias de un ente público, sin que de forma correlativa se hayan articulado garantías suficientes para proteger los intereses de las personas implicadas (menores, familias biológicas, acogedores, adoptantes).

A su vez, esta opción, que terminó imponiéndose frente a las tesis más garantistas, ha terminado por dificultar la defensa de las personas afectadas por una medida de protección de la infancia, que se ven enfrentadas a la autoridad, la (a veces teórica) neutralidad y la presunción de legalidad de los actos de la Administración.

Junto a ello, la falta de agilidad y excesiva duración de los procedimientos judiciales y la inexistencia de una tutela sumaria de los derechos en ciernes -pese al carácter preferente, otorgado a estos procedimientos en el art. 779.1 LEC-, no consigue producir resoluciones

con la rapidez que requieren los importantísimos intereses en juego, siendo el factor tiempo en sí mismo relevante a los efectos de determinar el desarraigo de los menores para con los progenitores de origen o la mayor integración en familias de acogida o situaciones dispuestas administrativamente, en muchos casos supone de facto (especialmente cuando no se acceda prontamente a la tutela cautelar, lo cual sucede con frecuencia) la imposibilidad de que los afectados por una medida de protección puedan acceder a una efectiva tutela judicial, ya que se encuentran ante una situación de hechos consumados de muy difícil reversión. Muestra de ello es la nula incidencia, en todos los territorios, tanto de adopciones iniciadas que han sido finalmente suspendidas o revocadas por decisión de la propia Administración, como de adopciones iniciadas que han sido finalmente suspendidas o revocadas por resolución judicial.

Así mismo, ese hecho refuerza el que la suerte que corren los menores, sus familias de origen, acogedores y adoptantes quede marcada, no por la legislación civil, sino por los criterios o prejuicios técnicos o de tramitadores, así como por preferencias de política social aplicadas en la Entidad Pública correspondiente. Esta conclusión, aunque de forma sutil, se corrobora a la vista de los datos facilitados.

Particularmente, se evidencia en las diferencias de datos (notables) entre Territorios Históricos.

Por ejemplo, reseñable en este punto que, mientras todas las adopciones tramitadas en Gipuzkoa entre 2006 y 2018 provenían de situaciones de acogimiento, no fue así en Alava, donde el número de adopciones en familias previamente acogedoras es anecdótico, mientras que en Bizkaia se distingue entre los nacionales que previamente han sido acogidos por la familia finalmente adoptante (presumiblemente, en un acogimiento familiar preadoptivo, figura que, particularmente a partir de 2016, se sustituye por una guarda con fines de adopción).

Del mismo modo, es evidente la correlación entre los datos de acogimientos y de adopciones (lo que nos habla de una política dentro de la cual en los acogimientos se decretan ya con vistas a una posterior adopción, en un entendimiento favorable a la mayor estabilidad y menor número de cambios de familia a experimentar por los menores de forma previa a su adopción definitiva).

Así mismo, de los datos se puede apreciar la preferencia en el territorio de por soluciones ajenas al acogimiento en la familia extensa, frente al mayor impulso que a esta solución se da en el territorio alavés y en Bizkaia (en aplicación de los principios de preferente mantenimiento en la familia de origen, subsidiariedad, progresividad y proporcionalidad de la acción protectora). Este dato, llevado a la realidad, tiene enormes implicaciones para los menores -en un caso se prioriza el mantener a los menores en el entorno familiar donde se han integrado, mientras que, en otro caso, se da mayor importancia a la figura jurídica y no se duda en someter a los menores a una nueva ruptura/abandono.

Se constata de esta manera cómo la suerte de los implicados en los expedientes de protección depende a menudo no tanto de la aplicación de criterios o principios legales, o de su situación familiar, socioeconómica o habilidades parentales, como de opciones de política social de la entidad protectora.

Lo cual evidencia, al mismo tiempo, que el tan cacareado "interés superior del menor" tiende a estandarizarse y definirse, en realidad, de acuerdo a parámetros diferentes. De forma que -en el ámbito de la protección de la infancia- encaje en los intereses políticos y sociales de cada momento, apartándose así de las necesidades de los menores sujetos a protección y de sus familias, habiendo quedado el cumplimiento de tan larga lista de derechos y obligaciones relegada a una simple cuestión de oportunidad y voluntarismo político.

En este sentido, el reforzamiento de las competencias y potestades de la Administración tiene ventajas, pero también inconvenientes. Reforzamiento que, por otra parte, se ha visto intensificado con cruciales las modificaciones operadas en:

El procedimiento de constitución del acogimiento familiar, que ha incidido aún más la "administrativización" de la constitución del acogimiento familiar, suprimiendo la constitución judicial del acogimiento en caso de oposición o incomparecencia de los progenitores, recogida en el antiguo 172.3Cc[ccxlvi].

La redacción de los arts. 160 y 161 Cc, que, en la misma línea, otorgan a la entidad pública la competencia -antes judicial- de regular e incluso, suspender temporalmente las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores respecto a menores en situación de desamparo.

Estas modificaciones pusieron fin a la larga polémica surgida durante los trabajos preparatorios del Anteproyecto de la Ley 26/2015, entre la Fiscalía General del Estado (favorable a aumentar las competencias de la entidad) y el CGPJ, el Tribunal Supremo y Defensor del Pueblo (partidarios de mantener la exclusiva competencia judicial, con base en el anterior art. 161 Cc y lo dispuesto en la STS de 4 noviembre 2013). Se optó finalmente por el criterio de la Fiscalía y, en consecuencia, por una pérdida del espacio de la regulación civil y el control de esta jurisdicción sobre la actuación de la Entidad Pública. Cuestión que no deja de ser llamativa cuando, como las propias LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señalan, se trata de una regulación con alto impacto en intereses y derechos de tan alta significación constitucional (art. 39 CE y artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 CE según la propia Exposición de Motivos de la Ley), que, en principio, se pensaría debieran favorecer un sistema más garantista y un mayor control judicial. Llama asimismo la atención el hecho que, pese a la enorme importancia de los intereses en liza, no se articule un mecanismo ágil para la revisión de la legalidad e idoneidad de la actuación de la Entidad Pública, y ello cuando sí se modifica la LEC de cara a introducir dos procedimientos ágiles y sumarios, uno (778bis LEC) para el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos y otro (778ter LEC) para la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores.

Efectivamente, la modificación del año 2015, supuso también la modificación del art. 158.6º (faculta al juez para adoptar de oficio o a instancia de parte cualquier medida a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas), lo cual permitiría la adopción de medidas cautelares en este sentido, si bien cabe preguntarse cuál es el alcance de dicho artículo y si permitiría la suspensión o revisión de las medidas adoptadas por la entidad pública con el fin de garantizar en tiempo el respeto a los derechos contenidos en la LO 1/1996 y los instrumentos internacionales. Y ello, habida cuenta el criterio establecido por algunas Audiencias y Juzgados (entre ellas la de Bizkaia, Auto nº236/02, de 3 de abril y Auto nº561/03, de 3 de septiembre, ambas de la Sección 4ª) que consideran que únicamente cabe suspender la efectividad de una medida, en el supuesto de demostrado abuso o desviación de poder o de clara y constatada arbitrariedad.

Por todo ello, y de cara a la actividad a desarrollar por la Comisión ante una inminente revisión de la Ley 3/2005, sería interesante determinar con carácter previo las posibilidades de actuación desde la legislación vasca y, particularmente, desde el ámbito civil del sistema de protección en su configuración actual, de cara a introducir elementos que, o bien permitan reconsiderar aquellos aspectos menos sobresalientes del actual sistema o, cuando menos, atenuar su efectos menos deseables, reforzando en cambio sus virtudes.

3.4.4.2 Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar

En el apartado correspondiente a la evaluación de la aplicación de la Ley 7/2015 ya hemos dedicado un apartado específico al uso y la interpretación que los servicios de mediación y, en particular, los servicios públicos dependientes de Gobierno vasco (tanto en sede intrajudicial como de carácter extrajudicial) vienen haciendo, en particular, sobre dicha Ley. Sin embargo, la mediación familiar en Euskadi excede el limitado ámbito de la Ley 7/2015, tanto por su objeto (ya que, conforme a dicha Ley, pueden abordarse desde la mediación familiar temáticas, muchas de ellas de carácter civil, que difieren de los solos casos de ruptura con descendencia) como por su ámbito de aplicación personal (ya que no sólo atiende a las personas sometidas por su vecindad civil vasca a la Ley 7/2015).

En cuanto a la segunda de dichas cuestiones, la del punto de conexión personal, como recuerda la Dirección de Política Familiar y Diversidad, es necesario tener en cuenta que el acceso al Servicio Público de Mediación Familiar que ofrece el Gobierno Vasco está condicionado al hecho de que, al menos, uno de los progenitores resida y figure en el Padrón de cualquier municipio de la CAPV en la fecha en que soliciten someterse voluntariamente a la mediación familiar, con vistas a lograr un acuerdo, entre otros aspectos, sobre el régimen de guarda y custodia sobre sus hijos o hijas, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 185/2015, de 6 de octubre, de cartera de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Este hecho, por otro lado, supone una ampliación del espectro de rupturas sometidas a la Ley 7/2015, que como hemos visto atiende a la vecindad civil de los progenitores.

Por su parte, en cuanto a los conflictos que pueden ser objeto de mediación familiar, el artículo 5 de la Ley 1/2008 dispone que: "las cuestiones que pueden someterse a

mediación familiar y los acuerdos que se adopten se han de referir a los conflictos surgidos entre las personas unidas con vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, adopción o afinidad, así como entre las que constituyan pareja de hecho o grupo convivencial[ccxlvii], siempre que todos los conflictos citados en este precepto versen *sobre materias de Derecho privado* respecto a las cuales el ordenamiento jurídico vigente en cada momento reconozca a las personas interesadas la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologadas judicialmente".

Así mismo, desde un punto de vista material, continúa el segundo apartado de ese mismo artículo 5 aclarando que:

> *" 2.– Entre otros podrán someterse a mediación:*
>
> *a) Los conflictos familiares originados en las situaciones de ruptura de pareja, entre los que se comprenden los derivados de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y aquellos otros originados por el cambio de circunstancias sobrevenido en los acuerdos aprobados judicial o extrajudicialmente.*
>
> *b) Los conflictos entre progenitores o progenitoras y su descendencia, sea biológica o en situación de adopción o de acogimiento, o entre hijos e hijas, así como los conflictos causados por una discrepancia sobre alimentos entre parientes.*
>
> *c) Los conflictos surgidos entre la familia de acogida y las familias biológicas.*
>
> *d) Los conflictos surgidos cuando los progenitores y progenitoras impidan a los abuelos y abuelas mantener relaciones normalizadas con sus nietos y nietas.*
>
> *e) Los conflictos existentes entre las personas citadas en el apartado 1 por causa de herencias o sucesiones o derivados de negocios familiares.*
>
> *f) Los conflictos originados entre personas dependientes y los familiares que las atiendan, siempre que se trate de personas citadas en el apartado 1.*
>
> *g) La autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y procesal, la mediación durante el desarrollo de los procesos*

de separación, divorcio o nulidad o en cualesquiera otros supuestos de ruptura de la convivencia, siempre que queden en suspenso las actuaciones de común acuerdo de ambas partes.

3.– En el supuesto en el que las personas adoptadas deseen ejercer su derecho al acceso a la información de su filiación biológica, podrán acceder a un procedimiento confidencial de mediación conforme se señala en el

No creemos que sea necesario señalar, por evidente, la directa conexión del apartado 2.a de este artículo 5 con la Ley 7/2015 (luego ratificada por la incorporación de artículos relativos a la mediación en dicha Ley), la del apartado 2.e con la LDCV, de la referencia directa del apartado 1 a la pareja de hecho o grupo convivencial con la LPH o la de los apartados 3 y letras b, c, d del 2, con la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

Así mismo, al definir la naturaleza de la mediación, el artículo 7 de esta Ley 1/2008 determina que: "La mediación es una actuación *basada en la autonomía de la voluntad*, en la medida en que son las partes en conflicto las que tienen que demandar, *por su libre iniciativa*, la actuación mediadora, pudiendo, una vez iniciada la misma, manifestar en cualquier momento su desistimiento". Sobre esa base, la Ley aborda cuestiones como la naturaleza (y efectos) de los acuerdos de mediación familiar (artículo 7), los derechos de la persona mediadora (artículo 12), las obligaciones de la persona mediadora (artículo 13), los derechos de las partes -de las partes sometidas a mediación- (artículo 15) o las obligaciones de las partes -de las partes sometidas a mediación- (artículo 16), que difícilmente podría ser, por su naturaleza y base civil, encuadradas en el ámbito administrativo o estrictamente autonómico. De hecho, como no podía ser de otra manera, la propia Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a la hora de concretar el título de intervención del Estado[ccxlviii], en todo aquello que no afecte directamente al Derecho procesal, sitúa las normas sobre mediación en el marco del artículo 149.1.8º, es decir, en el marco de la legislación civil (recordemos, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y a salvo la competencia exclusiva del Estado en ciertas materias tasadas).

Y, sin embargo, la exposición de motivos de la Ley obvia cualquier mención al artículo 10.5 del Estatuto de autonomía o a la actualización, conservación, mantenimiento o desarrollo del Derecho civil foral o especial, limitándose a apelas a las competencias de asistencia social recogidas en el Estatuto de Autonomía. Es decir, nos encontramos en una situación similar a la que podía darse en materia de fundaciones antes de la aprobación de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de fundaciones del País Vasco o en materia de cooperativas, antes de la aprobación de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi.

Merece la pena llamar la atención al hecho de que, independientemente de que la mediación sea realizada por un servicio público, dependiente de la administración, o por profesionales independientes; e independientemente también de que sea ejercitado por derivación judicial o al margen de cualquier procedimiento ante los tribunales, estos métodos autocompositivos (como son en este caso la mediación, u otros como el arbitraje o la abogacía colaborativa) tienen un fundamento contractual o consensual y, por tanto, con base en el Derecho privado. Y, en última instancia, su sustento se encuentra siempre en la autonomía de la voluntad o, en el lenguaje del Derecho civil vasco, en el principio de libertad civil. Así mismo, más allá de la específica conceptuación actual de estas figuras (mediadores, árbitros, abogados colaborativos...) o las concretas exigencias de su capacitación profesional, es innegable que en el Derecho foral tradicional existían figuras con funciones homologables (escrivanos, homes llanos, homes buenos, componedores,...), cuya labor ha sido la de ayudar a las partes a alcanzar acuerdos o compromisos que dieran salida a sus conflictos, sin llegar a los tribunales (como uso jurídico o forma inmemorial de resolución de discrepancias en el ámbito privado) o de certificar y avalar los acuerdos de las partes.

Por otro lado, asumiendo que la conexión de esta Ley con el Derecho civil vigente (tanto con la Ley 7/2015, como principal objeto de atención, como con la LPH, por lo que hace a las parejas de hecho, o la LDCV, por lo que hace a los conflictos en materia sucesoria entre miembros de una misma familia) es expresa (a la vista del artículo 5 de la Ley), patente e innegable, no es menos innegable la conexión de estos mismos métodos como la mediación o el arbitraje con otros ámbitos, como el de la mediación cooperativa (a la que luego se alude) u otras materias susceptibles de ser incluidas en el Derecho civil vasco, de entre las referidas en este informe. Pensamos, por ejemplo, en mediaciones que puedan darse respecto a cuestiones que podrían ir desde cuestiones patrimoniales (como la venta de caseríos o explotaciones agrícolas o conflictos entre el arrendatario rústico y su arrendador, respecto a la usucapión de servidumbres o el cierre de heredades) a transmisiones civiles de participaciones o relacionadas con la empresa familiar que, sin entrar en el ámbito estrictamente mercantil, pudieran lindar más de cerca con aquél.

Ambas consideraciones, en conjunto, podrían apuntar a un posible campo de desarrollo del Derecho civil vasco, que convendría explorar (especialmente, en la medida en que, por otro lado, podría trascender, como veremos, el estrecho margen del Derecho de familia, para abarcar otros como el ámbito cooperativo, u otros como los conflictos patrimoniales, en sociedades civiles o en la empresa familiar), en relación con la regulación de los contratos o convenios (contratos de prestación de servicios de mediación, convenios o cláusulas de sometimiento a este tipo de procesos...), y los límites que a la libertad civil inherente a las partes de los mismos se impongan y la naturaleza y fuerza vinculante de los acuerdos que se alcancen.

En el apartado correspondiente a la Ley 7/2015 ya hemos aclarado que, en Euskadi, la mediación puede llevarse a cabo tanto por los servicios de mediación dependientes de Gobierno vasco (en atención tanto a la mediación extrajudicial como intrajudicial), como por profesionales independientes.

En atención a estos últimos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, para ejercer la mediación familiar en los términos previstos en esta Ley, será precisa la inscripción en el Registro de Personas Mediadoras. Para obtener dicha inscripción, además de acreditar titulación universitaria o título de grado en Derecho, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o la titulación que en el desarrollo reglamentario de esta Ley por el Gobierno Vasco se equipare a ellas por el contenido de su formación, será imprescindible demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar, que deberá ser desarrollada reglamentariamente por el Gobierno Vasco y que deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico mínimo de 200 horas.

Este Registro de Personas Mediadoras se crea directamente por la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, como instrumento de garantía de que la mediación familiar se realiza por personas que cumplen con los requisitos legalmente exigidos, con el fin de asegurar que se desempeña con un determinado nivel de calidad, y como medio a través del cual la ciudadanía puede conocer las personas mediadoras inscritas, junto con los servicios públicos de mediación existentes. El registro está regulado mediante el Decreto 246/2012, de 21 de noviembre, del Registro de Personas mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.

Dentro del análisis jurisprudencial efectuado, únicamente hemos podido localizar una única sentencia civil, en el periodo objeto de evaluación, que haga referencia expresa a la Ley1/2008, en la que se plantea la posible nulidad de la sentencia de instancia por vulneración del principio de confidencialidad establecido para el proceso de mediación en

el art. 8 de la Ley 1/2008 de 8 de febrero de Mediación Familiar al haber presentado una de las partes documentos que se barajaron en la mediación, tras haber concluido aquella sin avenencia. La sentencia (aunque no realiza una expresa argumentación sobre este punto, que resulta tangencial respecto a la discusión central del pleito, viene a desestimar implícitamente la pretensión, al rechazar la apelación, citándose entre los argumentos de la Audiencia la potestad del Juez de recabar informes de los servicios de mediación familiar expresamente prevista en el artículo 9.4 de la Ley 7/2015 de 30 de junio de relaciones familiares del Parlamento Vasco.

Aunque la sentencia no abunda en esta cuestión, es evidente que el caso platea un dilema interesante entre la necesidad de confidencialidad y las cuestiones de orden público que informan los procesos de familia, particularmente en presencia de menores. Sin un intercambio adecuado de información, no puede haber exploración de posibilidades de acuerdo. Y sin exploración de posibilidades de acuerdo, la mediación carece de sentido y, por supuesto, pierde toda eficacia. La confidencialidad, por ello, es esencial al proceso de mediación para que las partes puedan intercambiar la información necesaria explorar posibles acuerdos en un entorno seguro, no sometido al posible escrutinio judicial o al aprovechamiento por la contraparte de aquellas informaciones facilitadas de buena fe. Por otro lado, toda decisión judicial en materia de menores, o sobre su custodia (como en este caso), se encuentra permeada por la imperativa necesidad de hacer prevaler el interés superior del menor, con la consiguiente necesidad de poder contar con todos los datos e informaciones que puedan arrojar luz sobre la verdadera situación del menor, de sus necesidades y de las posibilidades (económicas, de red familiar o de habilidades parentales, entre otros factores) de sus progenitores, incluso aquellas que puedan derivar de la experiencia previa en la mediación.

Por ello, este caso (aunque como decimos, no llega a aportar grandes reflexiones al respecto) plante una cuestión en modo alguno menor respecto de esta Ley, como es la importancia de desarrollar (sea en sede jurisprudencial o mediante una intervención legislativa) criterios claros para definir el alcance de la potestad judicial de recabar esos informes y de la cobertura que frente a esa potestad judicial puede o no otorgar el principio de confidencialidad en la mediación, quizás matizando el posible contenido de los informes que puede solicitar el órgano judicial, incidiendo sobre los deberes del mediador para con el órgano judicial y con las partes, o distinguiendo de forma clara entre qué documentos o

datos de los facilitados en el seno del proceso de mediación pueden permanecer confidenciales y cuáles, por mor de la necesidad de proteger el interés superior del menor, que el órgano judicial está llamado a primar, no pueden permanecer ocultos a la intervención judicial.

Dicho lo anterior, y aunque carecemos, a día de hoy, de datos fiables en torno a la actividad desarrollada por los mediadores profesionales con carácter autónomo (más allá de los datos que deben aportar al registro sobre su capacidad y preparación), sí contamos con las memorias de los servicios públicos de mediación para poder realizar una primera aproximación a la realidad de la aplicación de esta Ley.

En tal sentido, sobre la base de las memorias de dichos servicios públicos de mediación, ya hemos advertido que los datos analizados apuntan, como tendencia generalizada, a un aumento sostenido del número de expedientes tramitados y la efectividad de los servicios, lo que confirma la consolidación que día a día va encontrando la mediación como forma de resolución de conflictos del ámbito familiar, y sobre la efectividad de la mediación como método, en cuanto al número de acuerdos alcanzados y al porcentaje de asuntos resueltos de todos los que se someten a mediación.

Resta únicamente reiterar la importancia de profundizar en el conocimiento sobre cuestiones como el contenido de dichos acuerdos, la efectividad de su cumplimiento el grado de satisfacción de las personas usuarias de los servicios (profesionales o públicos), o los conflictos derivados del convenio de mediación, el desempeño o la ejecución de los acuerdos, siendo todas ellas cuestiones relevantes de cara a poder evaluar el impacto de la Ley o sus posibles fallas.

3.4. Derecho de las personas jurídicas

A pesar de la poca atención que ha recibido hasta ahora este aspecto de Derecho civil (hasta el punto de que, lejos de merecer un apartado propio, incluso el actual artículo 16 LDCV está sistemáticamente situado, de forma un tanto extraña, como parte del título dedicado a "los principios de derecho patrimonial") tal y como hemos visto también en la parte general, solo estas materias (fundaciones, asociaciones, cooperativas) acreditaban ya en el periodo entre 5/10/1992 y 8/6/2015 hasta un 16,06 % de las resoluciones

judiciales de jueces y tribunales del orden civil o que aplican normas de Derecho civil vasco, según el análisis realizado conforme al criterio antes explicado.

Este porcentaje se ha visto incrementado, en el periodo entre 5/10/2015 y 8/6/2018, hasta un 26,98 %[ccxlix]. Si bien, como antes hemos explicado también, la mayor parte de las resoluciones contabilizadas en este periodo se centran en el tema de las aportaciones financieras subordinadas en relación con las cooperativas, tema que se ha mostrado muy litigioso, pero en principio ajeno al Derecho civil vasco.

Hasta la aprobación de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de fundaciones del País Vasco, no ha existido formalmente ninguna ley del ámbito "societario civil" o de lo que, a fin de agruparlo de alguna manera, hemos denominado "Derecho de las personas jurídicas", que invocara expresamente el título competencial del 10.5 del Estatuto como una de las bases de su dictado. No obstante, ya hemos dejado sentado, al inicio de este documento, de que varias resoluciones judiciales han entendido que determinados aspectos de otras normas que podemos clasificar dentro de este apartado (como la Ley de Cooperativas del País Vasco) no pueden entenderse desvinculadas del Derecho civil vasco y de la tradición foral[ccl].

3.5.1. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

No debemos olvidar en este apartado aquellos preceptos incluidos en la LDCV que, de forma más o menos indirecta o incompleta, regulan diversas formas societarias que han de entenderse propias del Derecho civil vasco, como pueden ser las "cofradías, hermandades y mutualidades"[ccli], o la "sociedad familiar pactada"[cclii].

En relación con estos últimos artículos, nos consta que dentro del periodo sometido a evaluación (2015-2018) al menos una cofradía[ccliii] había procedido ya a su transformación formal en sociedad civil, al amparo del artículo 16 LDCV, mediante la elevación a público de los acuerdos de adaptación de la Cofradía a dicha Ley, y había llegado a solicitar formalmente la inscripción en el registro especial de Gobierno vasco que dicho artículo anuncia al efecto[ccliv]. A esta primera solicitud de inscripción siguieron otras, todas ellas dirigidas a o asumidas por el Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno de Gobierno Vasco. No es por ello descartable, que otras cofradías, hermandades o mutualidades hayan procedido también a esa misma transformación, de forma privada o mediante la misma elevación a escritura pública (quizá podría obtenerse el dato de las estadísticas notariales), aunque no hayan solicitado aún la inscripción en dicho registro especial. La razón de ello es que algunos notarios y registradores habían requerido a dichas

entidades el cumplimiento de ese requisito para participar en el tráfico jurídico, y principalmente para poder transmitir bienes.

La ley 5/2015 afirma que esas sociedades civiles que adopten estas formas tradicionales estarán sometidas a su normativa o régimen jurídico peculiar y permite su inscripción en el registro al que hace referencia, ratificando que tendrán personalidad jurídica propia si estuviera inscritas.

La posición del Departamento en este sentido fue la de actuar con prudencia, especialmente teniendo en cuenta la jurisprudencia dictada desde el Tribunal Constitucional en relación con los registros jurídicos, particularmente en referencia a la sentencia de 14 de febrero de 2019 sobre el registro digital de Cataluña. En la misma, distinguiendo entre los registros administrativos y los civiles o jurídicos, aunque ratifica que las comunidades autónomas tienen competencia para la creación y regulación de los primeros, descarta que la tenga sobre los segundos.

Descartando por tanto el desarrollar ahora una regulación del registro, y dado que por requerimiento legal y ante las solicitudes ciudadanas hay que dar una respuesta, se llevó a cabo una actuación mínima consistente en la creación, por medio de un acto administrativo, de una sección del registro que ya está creado (el de asociaciones).

En cuanto a la normativa aplicable o régimen jurídico al que la LDCV hace referencia, nada hay en la Ley 42/1959 de compilación de Derecho de Vizcaya y Álava, y poco en el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526[cclv] o en la Recopilación de los de Gipuzkoa de 1696[cclvi], que ayude a arrojar luz sobre dicho régimen jurídico. Sin embargo, como demuestran la pervivencia de este tipo de entidades y las peculiaridades contenidas en sus estatutos y tradiciones, existe derecho consuetudinario que puede compilarse y sistematizarse para elevarlo a régimen legal y dotarlo de mayor visibilidad.

En tal sentido, un desarrollo del régimen legal como el que anuncia el artículo 16 LDCV debería tener en consideración, además de a los trabajos doctrinales existentes[cclvii], los usos jurídicos y costumbres que pudieran destilarse de los Estatutos de estos entes, a cuya regulación se remite dicho artículo para establecer el régimen que les ha de ser aplicable, "en cuanto su contenido no se oponga" a la regulación legal. Y no hay que olvidar, tampoco, que estas sociedades civiles, cofradías, hermandades y mutualidades que forman parte de lo que se ha denominado por los estudiosos de la materia como "asociacionismo agrario o pesquero tradicional" a veces con funciones culturales y otras de ayuda mutua, constituyen también el nexo de unión del Derecho civil vasco con otros campos como las cooperativas o las asociaciones.

Por el contrario, no tenemos datos sobre el número de "sociedades familiares pactadas" que hayan podido constituirse, como pacto de comunidad entre instituyentes e instituidos.

3.5.2. Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco

Ya hemos dejado sentado, al tratar de las normas que iban a ser objeto de esta evaluación cómo, a contrario de lo que sucedía con la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, y habiendo sido aprobada y entrado en vigor dentro del periodo objeto de evaluación (2015-2016) ya la Ley 9/2016, de 2 de junio, de fundaciones del País Vasco, hizo expresa referencia en su exposición de motivos al título competencial del 10.5 del Estatuto, por lo que debe incluirse como norma de Derecho civil vasco de pleno Derecho.

También hemos advertido cómo, sin perjuicio de otros contenidos de carácter administrativo que la misma pueda también recoger, y a pesar de que el Estatuto de Autonomía recoja un título competencial específico (que en ese punto, es perfectamente equiparable al que gozan otras Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio, sin que pueda darnos más margen de competencia), en nuestro caso, parte al menos parte de las disposiciones y preceptos de esta Ley del Parlamento vasco (parte que además, en este caso, está expresamente identificada por disposición final primera la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, estatal de Fundaciones, que hace al efecto una llamada específica a los Derechos civiles propios o forales que vengan a regularlos) debe considerarse indudablemente civil. Y, a mayor abundamiento, dado que la tradición fundacional vasca ha sido larga e ininterrumpida, netamente integrante de lo que, en tanto que Derecho consuetudinario vigente antes y al tiempo de entrada en vigor de la constitución, es sin lugar a dudas susceptible de ser calificado como Derecho civil vasco.

No en vano, la primera fundación de la que tenemos constancia en Euskadi, según datos del propio Registro de Fundaciones, la "Fundación Santo Hospital del Glorioso de San Juan Bautista" fue fundada 1 de enero de 1500, antes incluso de que se redactara el Fuero nuevo de Bizkaia, territorio en el que radica. Del mismo modo, junto a ella constan en el Registro (cuyas primeras inscripciones datan de 1902) no menos de 79 fundaciones cuya escritura de constitución es anterior a que se aprobara el Código Civil en 1889, de las cuales hasta 21 (incluyendo la ya citada "Fundación Santo Hospital del Glorioso de San Juan Bautista") se consideran todavía hoy plenamente activas.

Sentado lo anterior, a falta de mayores referencias jurisprudenciales en el periodo objeto de estudio (no se ha identificado ni una sola sentencia o resolución judicial civil que haya

aplicado la Ley entre 2015 y 2018), la presente evaluación se ha circunscrito a analizar cuestiones muy puntuales de la Ley.

De los datos recabados gracias al cuestionario enviado a todos los vocales y a las direcciones gubernamentales afectadas, destacábamos que la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, recoge expresamente, respecto a la constitución de las fundaciones (art. 8), previsiones que remiten a las del régimen sucesorio del Derecho civil vasco, con todas sus particularidades y establecen (art. 27) condiciones particulares respecto a la aceptación de herencias por las fundaciones.

A tal respecto, según los datos facilitados por la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros, desde la entrada en vigor de la Ley 9/2016, de Fundaciones del País Vasco (y hasta el momento de realizar su aportación, en febrero de 2018), únicamente se habían realizado dos inscripciones de una fundación constituida por instrumentos sucesorios: una inscripción de una fundación preexistente, y sin hacer referencia al derecho civil foral vasco[cclviii] y otra de una fundación constituida en ese periodo, mediante instrumentos sucesorios y aplicando el artículo 8 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, referente al civil foral vasco[cclix]. Así mismo, también consta que al menos tres fundaciones han aceptado una herencia[cclx], aplicando también el artículo 27 de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco, referente al derecho civil foral vasco.

Más allá de estos datos que confirman la efectiva aplicación de los concretos preceptos que en dicha Ley hacen expresa mención a cuestiones de Derecho civil vasco, no hemos detectado ninguna resolución judicial, en el periodo analizado, que cite expresamente o aplique la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco. Y la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros confirma que, hasta donde alcanza su conocimiento, no ha habido ningún conflicto por dudas en relación con la inclusión expresa de la referencia al derecho civil foral vasco en la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

3.5.3. Otras leyes autonómicas relacionadas

3.5.3.1. Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco y Ley 6/2008, de 25 de junio, de sociedad cooperativa pequeña empresa del País Vasco

De modo similar a lo que acaece con las fundaciones, el mundo cooperativo también ha gozado en Euskadi de una prolongadísima tradición, que cabe trazar hasta los tiempos de plena vigencia del régimen foral y que, por lo tanto, inicialmente solo pudo contar con base en el principio de libertad civil y la subsiguiente cristalización como uso jurídico y costumbre, ya que no existieron (ni podían existir, dado que la primera cooperativa que a nivel mundial fue considerada como propiamente como tal, la "Rochdale Equitable Pioneers Society" en Reino Unido, no se constituyó hasta 1844) referencias previas en los textos forales ni, posteriormente, en los textos compilados.

Ahora bien, del mismo modo que no se pueden poner las parejas de hecho en Euskadi, o las fundaciones, y la capacidad competencial de esta Comunidad Autónoma, al mismo nivel de otras Comunidades Autónomas que, a pesar de tener sus leyes de parejas de hecho o de fundaciones, no tienen Derecho civil propio, tampoco cabe poner al mismo nivel la tradición cooperativista vasca al mismo nivel que la de otras comunidades autónomas que no tienen competencia en materia de Derecho civil propio. Ni, quizás, al mismo nivel que el de otras Comunidades Autónomas que, teniendo civil propio, no han tenido esa misma trayectoria en materia de cooperativas.

No es sólo que, exista determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, específicamente en relación con las cooperativas vascas, dictaminara que determinados aspectos de la Ley de Cooperativas del País Vasco[cclxi], "no pueden ser excluidos del concepto de Derecho civil especial propio del País Vasco; aunque el mismo Tribunal Supremo sostuviera posteriormente una postura aparentemente contradictoria en relación con las cooperativas gallegas. No es sólo, tampoco, que en Euskadi radique el mayor grupo cooperativista del mundo ("Corporación Mondragón") o que la legislación en materia de cooperativas fuera una de las primeras legislaciones que abordó Euskadi como comunidad autónoma, apenas recién estrenada la autonomía (la ya derogada La Ley sobre cooperativas de 11 de febrero de 1982); aunque, bien es cierto, en un primer momento y hasta la última ley de cooperativas (Ley 11/2019, de Cooperativas,) se hiciera sin hacer apelación expresa al título en materia de Derecho civil foral o especial propio. Es que, de manera objetiva y tangible, la tradición cooperativista puede trazarse directamente, y sin solución de continuidad, al tiempo en que el régimen civil foral (y sólo el régimen civil foral) regían y constituían la base jurídica sobre la que se fundaron las primeras cooperativas en Euskadi.

La primera cooperativa de Euskadi, surgida a la sombra de los Altos Hornos de Vizcaya, no era una cooperativa industrial (figura, por las propias necesidades de su actividad, cada vez más cercana al derecho mercantil), sino una cooperativa de consumo: la "Sociedad Cooperativa de Obreros de Barakaldo", una cooperativa fundada ya en 1884, existiendo ya varias cooperativas similares en otros lugares de Bizkaia y Araba antes incluso de que se aprobara el Código Civil y, solo 4 años más tarde, en 1893, también en Gipuzkoa. Esas cooperativas, como es evidente, se fundaban sobre el principio de libertad civil, y sobre un proceso de imitación y desarrollo de una filosofía cooperativista más o menos propia o adoptada, que poco a poco generaba una costumbre o uso jurídico determinado. Y, desde entonces, no han dejado de existir, en Euskadi, diferentes cooperativas de muchos tipos, y bajo diferentes regímenes legales.

Es evidente que, puesto que las cooperativas pueden ser de tipos distintos (cooperativas de consumo, de viviendas, de servicios, de trabajo asociado, agrarias, del mar, sanitarias, de enseñanza...) y no siempre industriales, de crédito o de carácter cuasi-mercantil, y que no todas las leyes autonómicas de cooperativas abordan los mismos aspectos ni pueden o deben ser equiparables, sería deseable poder discriminar qué aspectos de la legislación vasca de cooperativas trasciende la legislación que la doctrina denomina autonómica, por oposición a la que constituye Derecho civil o Derecho civil propio. Sin embargo, en materia de cooperativas, no contamos con una disposición como la contenida en la disposición final primera la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, estatal de Fundaciones, que nos ayudase a discriminar qué parte de la legislación de cooperativas es materia civil, y cuál no.

Dicho lo anterior, no es caso de reiterar en este momento todos los análisis, consideraciones y estudios que en su día sirvieron de base a la, todavía reciente, Ley 11/2019, de Cooperativas de Euskadi. Sino, de forma mucho más limitada y modesta, completar aquellos trabajos con aquellos aspectos específicos o complementarios que hubieran podido quedar fuera de aquéllos, o que importen de manera particular a la perspectiva civil.

De entrada, como ya adelantamos al analizar la jurisprudencia que cita normas relacionadas con el Derecho civil vasco, la jurisprudencia civil que cita, analiza o aplica distintos aspectos de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del País Vasco, es abundantísima (el segundo cuerpo de sentencias más numeroso, después del de las resoluciones que citan la Ley 7/2015), si bien, en el periodo sometido a análisis, el grueso de las anteriores se debe a la polémica cuestión de las aportaciones financieras subordinadas (que poco pueden aportar, a nuestro modo de ver, al desarrollo del Derecho civil vasco que ahora tratamos).

Por otro lado, en concreto, entre otros, un aspecto del mundo cooperativo que podría tener un interés propio para esta evaluación, a juicio de uno de los vocales que contestaron al cuestionario inicial, y para complementar dicho estudio jurisprudencial, es el de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, dado que en dicho campo viene operando el Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo (Bitartu). Por un lado, interesan los datos que pueda aportar dicho servicio en relación con la afección que su experiencia puede tener directamente sobre aspectos materiales del Derecho civil vasco en su vertiente cooperativa (como sucede en materia de Derecho de familia con la mediación familiar, que antes hemos analizado). Es decir, en relación con los datos que puedan aportar dichos laudos respecto de los aspectos más civiles de los conflictos cooperativos.

Recapitulando la respuesta recibida desde el mismo servicio, como cuestión previa diremos que Bitartu, el Servicio Vasco de Arbitraje Cooperativo, es un modelo único de prestación de servicios públicos en la administración de justicia mediante herramientas complementarias de resolución de conflictos para el movimiento cooperativo vasco. Incardinado institucionalmente en el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, presta servicios de orientación, conciliación, mediación y arbitraje a cooperativas y cooperativistas.

En este contexto, a partir de los datos facilitados desde dicho Consejo Superior de Cooperativas, diremos que se han tramitado 517 expedientes atendidos entre 2005 y 2018 (cerca de 37 por año, de media), por lo que se puede decir que conoce perfectamente el conflicto en el ámbito cooperativo.

A pesar de la dificultad que implica concluir cuáles son las cuestiones litigiosas en las cooperativas, sí podemos decir que, además de las generales derivadas del moderno derecho de sociedades (impugnación de acuerdos sociales, responsabilidad de administradores, ...), sí existen dos cuestiones que han centrado las pretensiones de los solicitantes:

- La determinación de la imputación de pérdidas en una Cooperativa.
- La cuota de reembolso de un socio cuando abandona la Cooperativa como consecuencia del principio de puerta abierta.

Siendo patente que en ambas cuestiones se mezclan mucho los aspectos estrictamente civiles con los mercantiles, dado que ambas son en gran medida societarias, es también claro que en las cooperativas hay un componente clave que es la autoorganización con parámetros basados en la libertad de pacto (manifestación concreta del principio de libertad civil), perspectiva en la que prima el aspecto civil. Así, puede decirse que aunque

muchos de los conflictos no sean o no planteen una cuestión clara de derecho civil, sí que están muy afectados por normas generales y principios del Derecho civil.

Por otro lado, y en relación a las cooperativas de trabajo asociado, los conflictos derivados con la prestación de la actividad cooperativizada, en este caso la prestación del trabajo, han sido los más destacables, además de los ya mencionados.

Finalmente, al igual que ya indicábamos, en relación con los servicios de mediación familiar, en este aspecto debe destacarse también la relevancia de estos métodos autocompositivos, de base civil (basados en convenios o pactos de sumisión a arbitraje o a mediación) y las posibilidades que, desde el Derecho civil vasco podría conllevar su regulación (habida cuenta de que ya contamos con una Ley en materia de mediación familiar).

3.5.3.2. Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi

En cuanto a los potenciales aspectos civiles de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, aunque la ley "descansa sobre … el principio de libertad civil, tan caro al Derecho foral vasco, y los conceptos indisolubles de libertad y responsabilidad", como indica algún vocal en su aportación en respuesta al cuestionario remitido, la administrativización a que se ha sometido tanto el derecho de asociación como el de fundación hacen que hablar de libertad civil, más allá del derecho a asociarse o no, o a fundar o no, sea algo bastante cuestionable, tanto en el País Vasco como en el resto del Estado. Basta con ver la escasa conflictividad civil y no tan escasa administrativa en la materia para ratificarlo.

No obstante, incluso así cabría plantearse, como hacía el cuestionario remitido, el aspecto de la constitución o la aceptación de herencias (entre otros) como posibles manifestaciones más "civiles" del marco aplicable a las asociaciones.

En este aspecto, la respuesta remitida desde la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros constata que, con los datos que deben transmitir al registro las asociaciones de régimen general, no es posible señalar cuales de ellas han podido constituirse o han recibido y aceptado herencias de conformidad con el derecho civil vasco. Por otro lado, el Protectorado de Asociaciones de Utilidad Pública no dispone de herramientas automatizadas de selección de tales informaciones para la identificación de esta información en aquellas asociaciones declaradas de utilidad pública, las cuales han de presentar cuentas anuales.

En la contestación remitida desde la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros advierte que, en su opinión, lo previsto en el citado artículo 3.3 de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, (que determina que quedan excluidas del ámbito de la presente ley "… las asociaciones constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles o civiles y, en general, todas aquellas cuyo fin consista en la obtención de beneficios económicos para su distribución entre las personas asociadas"), no resulta condicionado o influido por el artículo 4[cclxii] de la Ley 5/2015, de 25 de junio, referente al principio de libertad civil tradicional en el Derecho civil vasco, dado que la prohibición de reparto de los beneficios entre las personas asociadas es una característica básica e irrenunciable de las asociaciones sin ánimo de lucro inscritas en el Registro de Asociaciones del País Vasco.

Ahora bien, si como dice la exposición de motivos de la Ley 7/2007 esta descansa, aunque sea parcialmente, sobre principio de libertad civil propio del Derecho civil vasco, y los conceptos indisolubles de libertad y responsabilidad, no resultaría tampoco descabellado el que dichos principios de Derecho civil vasco fueran también citados expresamente en el artículo 4 de dicho texto legal ("Contenido y principios generales") y concretado su eventual alcance en este ámbito, a pesar de la administrativización a que se han sometido tanto el derecho de asociación como el de fundación y la multitud de normas administrativas de carácter imperativo para estas entidades.

En tal sentido, sería deseable que, dentro de o en relación con las libertades propias de la proyección del derecho de asociación como derecho fundamental, se especificara de algún modo cuál es el marco concreto en el que, en este ámbito concreto, se debe desenvolver dicho principio de libertad civil, ahora claramente definido en la LDCV, y qué normas, de las previstas en la ley (si alguna), podrían ser, conforme al mismo, consideradas dispositivas o a cuya aplicación pueden renunciar válidamente las asociaciones y cuáles otras, por el contrario, deben ser en todo caso entendidas como imperativas o irrenunciables, por afectar al interés u orden público o perjudicar a tercero.

Así mismo, en cuanto a otras posibles conexiones de las asociaciones con el mundo del Derecho civil, tampoco hay que olvidar que la propia Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, es la que otorga un papel específico al orden jurisdiccional civil en relación a las asociaciones (artículo 40), al atribuir al mismo la competencia "en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con las pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones, y de su funcionamiento interno".

Así, "los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnados por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al

ordenamiento jurídico [o a los Estatutos], por los trámites del juicio que corresponda (…), instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil". Y "en tanto se resuelven las contiendas de orden interno que puedan suscitarse en las asociaciones, las solicitudes de constancia registral que se formulen sobre las cuestiones controvertidas sólo darán lugar a anotaciones provisionales". También los artículos 17 y 38 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación se remiten a legislación civil (y al orden jurisdiccional civil) en relación con la suspensión de las actividades de la asociación y su disolución judicial.

Del mismo modo, tampoco hay que descartar la aplicabilidad supletoria de preceptos de Derecho civil (y, particularmente, de lo previsto sobre la sociedad civil) en relación con el derecho de separación, o con la liquidación y extinción, en la medida en que no estuvieran previstas en Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación o en la normativa autonómica aplicable.

En nuestro ámbito, esas conexiones podrían intuirse también en el hecho de que, en el acta de constitución de la asociación, "las personas físicas *podrán hacer constar la vecindad civil que ostenten y, en su caso, su régimen económico matrimonial o régimen económico de la pareja de hecho*" (artículo 8.1 de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi). Así como en el hecho de que los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación responderán "…*civil* y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, así como por los acuerdos que hubiesen adoptado, en el supuesto de los órganos unipersonales, o que hubiesen votado favorablemente, en el supuesto de que existiera un órgano de gobierno colegiado…" (artículo 18.2 de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi).

Así mismo, y tal y como ha sido puesto de manifiesto por varios vocales de esta Comisión de Derecho Civil Vasco (con ocasión de la celebración de la Sesión Plenaria de 2019), es también relevante el papel que ha jugado esta figura asociativa como receptáculo de otras formas tradicionales propias del Derecho civil vasco que, hasta la entrada en vigor del artículo 16 de la LDCV, carecían en el Derecho común de un régimen propio claramente identificable.

Efectivamente, durante mucho tiempo y, particularmente, antes de la aprobación y entrada en vigor de dicho artículo 16 LDCV y la conversión en sociedades civiles de aquellas hermandades, cofradías y mutualidades que, como ya se ha advertido también en este

documento, hayan podido dar ese paso (solicitando o no su inscripción en la correspondiente sección del Registro de Asociaciones tal y como hemos dado cuenta), las asociaciones constituidas al amparo de Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi (o de su predecesora, la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones) sirvieron de refugio y régimen jurídico sustitutivo para muchas Hermandades, Cofradías y Mutualidades tradicionales, algunas de ellas de larguísima data, que carecían de un régimen jurídico claro aplicable. Esta carencia de régimen legal al que acogerse, o en el que poder encajar el régimen consuetudinario propio de aquellas figuras asociativas tradicionales, motivó que muchas de ellas adoptasen esta forma, transformándose en asociaciones para evitar toda una serie de impedimentos legales (que iban desde la ausencia de inscripción en registros o la puesta en duda de su personalidad jurídica, hasta cuestiones tan peregrinas como la imposibilidad de constituirse en titulares de una simple cuenta bancaria) que dificultaban enormemente su normal actuación en el tráfico jurídico y, a la postre, las avocaban a la desaparición.

Sin perjuicio de que, como decimos, la aprobación del mentado artículo 16 LDCV y, eventualmente, su posterior desarrollo (incluyendo tanto intervenciones legislativas concretas como el simple afloramiento o compilación de los usos y costumbres que secularmente han regulado su vida interna, traídos a la luz en virtud de su declaración e inscripción en la sección correspondiente del Registro de Asociaciones de sus Estatutos) abren nuevas y prometedoras vías para el reconocimiento y regulación de estas entidades, es indudable que, todavía hoy, el régimen de asociaciones es todavía el régimen aplicable o de elección para muchas de ellas, algunas con varios siglos de historia a sus espaldas. Y lo será todavía durante un tiempo, en la medida en que no vayan procediendo a su transformación (y, deseablemente, su inscripción).

Por todo ello, podría ser interesante el realizar una revisión global, desde el punto de vista del Derecho civil vasco, de estas normas, a los efectos de clarificar y reforzar tanto los aspectos más civiles o relacionados con el Derecho civil de los incluidos en la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, como las conexiones de esta con otras disposiciones y otros preceptos propios del Derecho civil vasco (principio de libertad civil, principio de responsabilidad, aspectos relacionados con la suspensión de las actividades de la asociación o su disolución judicial, impugnación de acuerdos o actuaciones de la

asociación, recepción de legados o donaciones, transformación de asociaciones en sociedades civiles u otro tipo de entes y viceversa, otros aspectos civiles del tráfico jurídico privado de las asociaciones o de su funcionamiento interno...).

4. CONCLUSIONES GENERALES

1. En general, la experiencia de la reciente evolución del Derecho civil vasco a partir de la entrada en vigor de la LDCV, puede valorarse positivamente.

2. A la vista de los datos recabados, cabe apuntar una importante revitalización de las ramas del Derecho civil vasco más vinculadas con el Derecho de familia.

3. La articulación de la vecindad civil vasca ha permitido la aplicación práctica de las instituciones civiles propias de nuestro Derecho civil vasco, a excepción de aquellas que resultan de aplicación local, a los tres Territorios Históricos y, además, posibilitará el desarrollo orgánico de nuestro ordenamiento jurídico civil.

Así mismo, no se aprecian incidencias o conflictos jurídicos significativos por la atribución automática de la vecindad civil vasca, siendo pacífica, hasta el momento, la interpretación y aplicación de las Disposiciones Transitorias previstas en la ley.

4. La LDCV ha promovido una mayor conciencia por parte de la sociedad vasca del fenómeno de la sucesión hereditaria y de la libertad civil a la hora de regularla, lo que ha hecho que la utilización del testamento y del pacto sucesorio se haya incrementado, tal y como corresponde a una sociedad avanzada y culta. Del mismo modo, la libertad civil vasca va recuperando poco a poco su lugar en el Derecho de sucesiones de la CAPV, lo que se manifiesta en los despachos profesionales a la hora de planificar la herencia y elegir una

estrategia sucesoria adecuada al perfil y la situación tanto del individuo como de la familia al que este pertenece.

La experiencia de estos años parece mostrar que un sistema de libertad civil en materia de sucesiones, si se aplica en una sociedad formada y moderna, resulta mucho más eficaz socialmente que un sistema más rígido de transmisión obligatoria de bienes a través de la sucesión hereditaria. Su convivencia con las diferentes limitaciones a la libre disposición de bienes y derechos hoy vigentes, como las legítimas, la troncalidad y las reservas, debe evolucionar progresivamente hacia un ejercicio responsable de mayor libertad como lo ha hecho el legislador vasco, para lograr una verdadera eficacia social de las leyes como objetivo de la actividad legislativa.

5. Las instituciones de Derecho patrimonial contenidas en la LDCV, dentro de lo que aquélla denominó "Principios de Derecho patrimonial", como son el caserío, las servidumbres, el derecho de cierre de heredades y paso no lucrativo, o los arrendamientos rústicos, son susceptibles de un fecundo desarrollo, para el que ya existen varias propuestas.

6. La Comisión de Derecho Civil Vasco deberá analizar y preguntarse si sigue teniendo sentido social, incluso sentido jurídico, la institución de la troncalidad para la protección del patrimonio, individual o colectivo, de la familia y de la empresa, en la sociedad actual del siglo XXI. La protección del patrimonio familiar, de su unidad y de su continuidad en el seno de la familia tradicional como contribución a su estabilidad y mantenimiento ha sido principio, valor y seña de identidad de un sistema jurídico perfectamente arraigado en la población vasca y se ha manifestado en costumbres, ritos y mitos, así como en actividad económica, comercial y profesional hasta nuestros días. Hoy, los elementos que constituyen esta institución, su estructura, mecanismos y organización han evolucionado y el arraigo social está cuestionado, siendo necesario un análisis sereno sobre su futuro inmediato.

En tal sentido, la empresa familiar, la economía social y las explotaciones profesionales que hoy constituyen una parte importante del tejido económico vasco, con importante liderazgo e iniciativa empresarial, pueden encontrar en los principios y valores

desarrollados por la institución de la troncalidad un apoyo jurídico para la constitución de la unidad, mantenimiento y transmisión de titularidades que las hagan realmente viables y eficaces en su actividad.

7. El análisis de los datos estadísticos de las parejas de hecho ha revelado que en los mismos no incluyen los datos de vecindad de los solicitantes, aunque este requisito sea comprobado por parte de los responsables del Registro de Parejas de Hecho de Euskadi antes de autorizar su inscripción y acceso al registro. Es por ello que se sugiere a la Dirección de Política Familiar y Diversidad y, en particular a los responsables del Registro de Parejas de Hecho, que incluyan los datos de la vecindad civil de los solicitantes en sus estadísticas. Del mismo modo, la exposición de motivos de la LPH continúa aludiendo a la "vecindad administrativa" como punto de conexión de aplicación de la ley, cuando tras la reforma de su artículo 2 introducida por la LDCV, éste ha pasado a ser la "vecindad civil vasca".

Asimismo, existen otros apartados de la LPH que sigue siendo necesario actualizar: por ejemplo, el artículo 6.2.c) debe ser objeto de revisión para adecuar las previsiones del derecho del superviviente en caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento a la LDCV. Por último, el artículo 9 PLH se remite a la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, cuando ésta ha sido derogada por la LDCV. Todos estos aspectos deberán ser tenidos en cuenta por el legislador cuando decida abordar la revisión de la regulación vasca de las parejas de hecho.

8. Además, siendo de particular relevancia, la polémica sobre el carácter ganancial de las adquisiciones de bienes inmuebles hechas por parejas de hecho al amparo del régimen de sociedad de gananciales y su acceso al Registro de la Propiedad sigue sin estar definitivamente resuelta. Por ello no sería descartable plantearse alguna intervención legislativa que deje claro cuál es la eficacia del pacto, y si para ello es necesario algún requisito adicional a la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho y que, asimismo, tenga en cuenta el Reglamento 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el

reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

9. La regulación de la custodia compartida ha supuesto, de facto y vía interpretación y aplicación de los tribunales, la instauración de un modelo preferente de custodia compartida. Su no aplicación exige una demostración de un perjuicio para el o la menor y por causas graves. Por otro lado, la introducción de la compensación por el uso de la vivienda, con todas las críticas que pudieran hacerse respecto de la redacción del artículo 12 para su mejoría técnica, ha supuesto un avance legislativo que ha permitido a los operadores jurídicos utilizar este mecanismo como modo de establecer fórmulas de uso más equitativas. Así mismo, la jurisprudencia analizada permite constatar que la contribución a los gastos extraordinarios de los menores se suele atender al 50% entre ambos progenitores, salvo que el diferente volumen salarial entre uno y otro progenitor aconseje establecer porcentajes asimétricos. Cuando esto último acaece, en la mayoría de los casos examinados, suele ser el progenitor paterno (en la medida en que cuente contar con más recursos) quien debe contribuir a estos gastos en un porcentaje mayor.

No obstante, el análisis jurisprudencial de la ley 7/2015 evidencia que las resoluciones judiciales de nuestros Tribunales, en su fundamentación jurídica, contienen invocaciones tanto a la ley 7/2015 como al Código Civil en aquellos ámbitos en los que la ley vasca cuenta con regulación propia, cuando lo correcto sería aplicar una u otra ley en función de la concurrencia del punto de conexión previsto en nuestro ordenamiento jurídico propio. Ello podría ser consecuencia de que las partes intervinientes, en sus escritos alegatorios omitan hacer referencia alguna a la vecindad civil vasca como punto de conexión de aplicación de la ley 7/2015, y ante esa falta de concreción los Tribunales se cubran recogiendo en sus resoluciones referencias normativas a ambos textos legales (CC y Ley 7/2015). Por lo tanto, este hecho, lo que a juicio de la Comisión de Derecho Civil Vasco revela es que se ha se seguir realizando una labor de difusión del Derecho civil vasco entre los operadores jurídicos.

10. Particularmente, la extinción del derecho de uso de la vivienda vía ejecución de sentencia para los casos de fallecimiento del beneficiario, causas pactadas por las partes,

y fin de la guarda y custodia o vencimiento del plazo previsto, supone un avance ya que permite utilizar una vía procesal más rápida y económica para las partes. Aunque es polémica la decisión de no permitir esta vía para el caso de nuevo matrimonio del beneficiario ya que el mismo podría acreditarse en el procedimiento de ejecución simplemente con la aportación del oportuno certificado de matrimonio.

Del mismo modo, el artículo 2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, al fijar su ámbito de aplicación conforme a la vecindad civil de los progenitores y supletoriamente la residencia común de estos en la Comunidad Autónoma de Euskadi, se aparta en materia de responsabilidad parental del criterio aplicable conforme a la normativa internacional. En atención a ello, en caso de surgir discrepancias entre los progenitores sobre la ley aplicable a la materia y la competencia de los órganos jurisdiccionales, es de prever que los tribunales se decanten por la aplicación de la ley aplicable conforme a la residencia habitual del menor, con independencia de la vecindad civil que ostente el menor o sus progenitores, siendo conveniente en esa medida el plantear una reflexión sobre la conveniencia de revisar el criterio empleado por la Ley vasca.

11. El aumento sostenido del número de expedientes tramitados, tanto por el servicio de mediación extrajudicial como en relación con el servicio intra-judicial, confirman la consolidación que día a día va encontrando la mediación en Euskadi como forma de resolución de conflictos del ámbito familiar. En todo caso, se recomienda a los servicios de mediación extrajudicial e intra-judicial que, en el ámbito de aplicación de la ley 7/2015, utilicen los mismos indicadores para facilitar la evaluación de su intervención.

12. Es una necesidad perentoria e inaplazable la revisión de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, para adaptarla a la vigente legislación orgánica, lo que debería servir para reflexionar sobre el actual tratamiento de la cuestión en Euskadi.

13. Otro campo de desarrollo del Derecho civil vasco escrito, que hasta ahora se había mantenido en el campo consuetudinario o en el de la tradición fundacional y cooperativa vasca que había encontrado acomodo a través de otros títulos competenciales propios, es el del Derecho de las personas jurídicas, en el que ya se ha pasado a asumir plenamente, también, el carácter civil de muchos de sus enunciados y la necesidad de no dejar de lado el apoyo en el título competencial relativo a la conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil vasco.

14. La experiencia académica y profesional acumulada durante estos años, así como el caudal de conocimientos teóricos generados en torno al Derecho de sucesiones en la LDCV, suponen una base imprescindible para su desarrollo posterior que exige una profundización tanto en el análisis de las instituciones como en su operatividad.

Junto a ello, el conocimiento y divulgación del Derecho civil vasco que afectan tan directamente a las relaciones personales y familiares de la sociedad vasca es necesaria. El impulso de las Administraciones Públicas Vascas en su difusión y divulgación será la garantía para su aplicación práctica y verdadera eficacia social.

En Vitoria-Gasteiz, a 30 de junio de 2021.

BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL DOCUMENTO

Ainz Ibarrondo, Maria José. (1996): "El último proceso de cambio en el territorio del caserío". Lurralde, nº 19.

Ainz Ibarrondo, Maria José (2001): "El caserío vasco en el país de las industrias", Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2001. Accesible online en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/fondo/pdf/28517_all.pdf

Alberdi Collantes, Juan Cruz (2002): "El caserío agrícola vasco en proceso de desaparición"; Revista cuatrimestral de geografía, ISSN 0211-0563, Nº 57, págs. 5-17. Accesible online en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=247522.

Alberdi Collantes, Juan Cruz (2009): "Medio rural y abandono de la agricultura. Desarrollo de un ejemplo: el caserío vasco" en "Lurralde. Inves. Espac. 32. P. 395-404, ISSN 0211-5891. Accesible online en: https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/12541/LURRALDE%2032-2.pdf;sequence=1

Alberdi Collantes, Juan Cruz (2018): "El paisaje atlántico vasco ante la marginalización ganadera: claves para su conservación". Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles, 80, 2605, 1–32. http://dx.doi.org/10.21138/bage.2605, con cita de otros estudios que vienen también a confirmar este proceso.

Alvarez Rubio, Juan Jose: "El futuro del Derecho Foral Vasco: la necesaria modernización de nuestro ordenamiento privado"-. Accesible online en: http://www.forulege.com/default.cfm?atala=bloga_ikusi&id=1050&hizkuntza=1

Alonso Martínez, Manuel (1884-1885): "El Código Civil, en su relación con las legislaciones forales"; Tomo I y Tomo II. Madrid.

Artiach Camacho, Saioa (2014): "Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona". Publicada en Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública.

Artiach Camacho, Saioa: "El arrendamiento rústico en el Derecho civil vasco (siglos XVI-XIX). Las obligaciones de los contratantes y las consecuencias de su incumplimiento". Accesible online en: http://www.forulege.com/dokumentuak/El_arrendamiento_rustico_en_el_Derecho_civil_vasco_siglos_XVI-XIX_Las_obligaciones_de_los_contratantes_y%20las_consecuencias_de_su_incumplimiento.pdf

Bilbao, Luis María y Fernandez de Pinedo, Emiliano (1981): "La evolución del producto agrícola bruto en Vascongadas, 1530-1850", en Caro Baroja (Dir.) Historia General del País Vasco, vol. IX. La Gran enciclopedia vasca. Luis Haramburu Editor. Bilbao San-Sebastián. p 34).

Elícegui Mendizabal, Luis: "Gipuzkoa ante la nueva Ley". Accesible online en:

http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/81.pdf

Etxezarreta Zubizarreta, Miren (1973): "El caserío vasco", Editorial Iker y Fundación Cándido Iturriaga Y Maria Dañobeitia, Bilbao. pág. 123

Fernandez Pinedo, Emiliano (1974): "Crecimiento económico y transformaciones sociales en el País Vasco". 1974. Edo Siglo XXI, Madrid.

Fernandez-Sancho Tahoces, Ana Supaya (2009): "La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su posibilidad registral" (pp.295 y ss). Accesible online en:

http://www.derechocivil.ehu.es/s0125-con/eu/contenidos/informacion/publicaciones/eu_argitalp/adjuntos/fernandez-sancho2009b.pdf

Galicia Aizpurua, Gorka (2002): "Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el derecho de Vizcaya" Madrid,2002.

Gonzalez Portilla, Manuel (1987): "La formación de la sociedad capitalista en el País Vasco", p.5. Luis Haramburu Editor, San Sebastian

Juárez González, Javier Máximo (2019): "El protocolo familiar: valor jurídico. Su necesaria coordinación con los estatutos". Accesible online

en: https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/el-protocolo-familiar/

Klerk, Eugene; Kersley, Richard y O'Sullivan, Michael (2018): "The CS Family 1000 in 2018", Credit Suisse AG Research Institute. Accesible online en: https://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/publications/research-institute/the-cs-family-1000-in-2018-en.pdf

Lefebvre, Théodore (1933): Les modes de vie dans les Pyrénées atlantiques orientales. Editorial Armand Colin, Paris.

Martín Osante, Luis Carlos (1991): "El Tribunal Superior de Justicia y el Derecho Civil Vasco (El recurso de casación por infracción del Derecho Civil Foral o Especial de la Comunidad Autónoma del País Vasco)", II Jornadas de Estudio sobre el Estatuto de Autonomía I (San Sebastián, 11 - 14 diciembre de 1990), Oñati: IVAP, pp. 271-302)

Maseda García, Amaia; Iturralde Jainaga, Txomin; Arosa de la Torre, Blanca; Rodríguez Castellanos, Arturo y Saíz Santos, Maria (2009): "Situación de la Empresa Familiar en el Territorio Histórico de Bizkaia". Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. Accesible online en:

https://www.ehu.eus/es/web/catedra-empresa-familiar/egoera-ikerlanak

Monje Balmaseda, Oscar (2014): "Los pactos sucesorios como instrumento de transmisión y protección del patrimonio familiar y personal", en "Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables". Dir.: Abel Lluch, Xavier. J.M. Bosch Editor, 2014.

Murua Múgica, Juan Ramón; Eguia Peña, Begoña; Malagón Zaldúa, Eduardo y Albiac Murillo, José (2006): "Coste de la no agricultura en el País Vasco". Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Colección Lur N.º 8. Vitoria-Gasteiz. Accesible online en: https://www.euskadi.eus/web01-a2elikal/es/contenidos/noticia/coste_no_agricultura/es_dapa/adjuntos/Coste%20no%20Agricultura.pdf

Ramos, F. (1990):, "Bases para la transición al capitalismo en el País Vasco. La sociedad Arratia-Nerbión en el siglo XVIII". Ed Universidad de Deusto, Bilbao. 1990, p 278.

Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdos Urrutia, Rosario (2005): "Reflexiones sobre la desestructuración del caserío vasco", publicada en "Investigaciones Geográficas" nº 38 pp. 79.91. ISSN: 0213-4619. Accesible online en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/211/3/Ruiz%20Urrestarazu-Reflexiones%20sobre%20la%20desestructuracion.pdf

Uriarte Ayo, José Ramón (1989): "Un análisis de equilibrio de largo plazo sobre las posibles implicaciones de la Normativa económica del Fuero Nuevo de Vizcaya (1526)". Revista de Historia Económica, años VII. Nº1. Revista de Historia Económica = Journal of Iberian and Latin American Economic History, ISSN 0212-6109, Año nº 7, Nº 1, 1989, págs. 11-44

Uriarte Ayo, Rafael (1990), "Minería y producción siderúrgica en el País Vasco al final del Antiguo Régimen", en "Los espacios rurales cantábricos y su evolución". Universidad de Cantabria. ISBN 84-87412-12-2, págs. 263-270.

Urrutia Badiola, Andrés (2013): Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco [1876-1992]". Academia Vasca del Derecho.

Valverde Lamsfus, Lola (1984): "Historia de Guipúzcoa". Editorial Txertoa, San Sebastián.

Notas al texto.

[i] Primero en un auto de 1 de marzo de 2011 y luego en otro de 10 de mayo del mismo año 2011.

[ii] Auto del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2013 ECLI:ES:TS:2013:6357A: La Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, *"no puede ser excluida del concepto de Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, ya que estamos ante una materia que es regulada por una norma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de la jurisdicción civil, lo que justifica que su tratamiento sea el que se halla en el espíritu que ha movido al legislador al establecer la norma competencial contenida en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 478 de la LEC, ya que en este precepto se halla la intención de que el Tribunal Superior de Justicia interprete el derecho propio de la Comunidad Autónoma en desarrollo de la función unificadora y nomofiláctica ejercida respecto a los órganos civiles de la Comunidad a través del recurso de casación civil, respecto a una norma de ámbito territorial;…"*.

[iii] Como una de las partes intrínsecas de la tradición jurídica foral, queremos especialmente llamar la atención a la propia capacidad para reformar el Fuero, añadiendo, modificando o derogando leyes, cuenta de la cual dan los propios Autos de Juntas, por ejemplo, en el caso de Bizkaia (la cursiva es nuestra):
"Como los Diputados para ordenar el Fuero parecieron delante del Corregidor, y juraron.
Y despues de lo susodicho en la Casa de Martin Saez de la Naja, que es fuera de la Noble Villa de Bilbao, á diez dias del mes de Agosto, año del Nacimiento de nuestro Señor Jesu-Christo de mil y quinientos é veinte é seis años. Estando ende el Muy Noble Señor Licenciado Pedro Girón de Loaysa, Corregidor de este dicho Noble Señorío de Vizcaya, en presencia de Nos Martin Ibañez de Zarra, y Pedro Ochoa de Galarza, Escrivanos de sus Magestades, é sus Notarios Publicos en la su Corte, y en todos los sus Reynos, y Señoríos, Escrivanos de la Junta, é Regimiento de este Noble Señorío de Vizcaya, é de los Testigos de yuso escritos; parecieron presentes el Bachiller Juan Saez de Ugarte, y el Bachiller Martin Perez de Burgoa, y el Bachiller Fortun Saez de Cirarrista, é Lope Ybañez de Ugarte, y Rodrigo Martinez de Velendiz, é Ochoa Urtiz de Guecho, é Ochoa de Velendiz, y Yñigo Urtiz de Ybargüen, é Martin Urtiz de Zarra, y Martin Saez de Oynquina, é Ochoa Urtiz de Guerra, y Pedro Martinez de Luno. E dixeron al dicho Señor Corregidor, que su Merced les havia embiado á mandar, que viniesen ende personalmente á entender en la reformacion del Fuero de Vizcaya; y que ellos obedeciendo á su mandamiento estaban prestos de hacer todo lo que debiessen. Y luego el dicho Corregidor les dixo: Como en Junta General de Vizcaya, les havian dado poder á ellos, para que juntamente con el dicho Señor Corregidor entendiesen en la reformacion del dicho Fuero, y usos, y costumbres de Vizcaya, é hizo ver el dicho Poder, que su tenor es este, que de suso está incorporado; y les mandó, que ante todas cosas ficiessen el juramento, é solemnidad contenido en el dicho Poder, y aquel hecho, no partiessen de esta Villa de Bilbao durante el término de veinte dias, fasta acabar de reformar el dicho Fuero, é que los dichos veinte dias comenzassen á correr de oy. Y luego el dicho Señor Corregidor hizo traer ante sí una Cruz, y un Libro de Evangelios, y abrió el dicho Libro, é sobre las Letras de un Evangelio puso la dicha Cruz, y hizo á todos los sobredichos poner sus manos derechas sobre la Cruz, é las palabras del Santo Evangelio, y les hizo jurar, diciéndoles. Vosotros, y cada uno, y qualquier de Vos jurais á Dios, é á Santa María, é á todos los Santos, é Santas de la Corte del Cielo, y á la señal de la Cruz, y á las palabras del Santo Evangelio, que con vuestras manos habeis tocado; que *de este poder, é comision, que la Junta, Cavalleros, Escuderos, Hijos-Dalgo, y Procuradores , y Concejos de este Noble, y Leal Señorío de Vizcaya vos ha dado para reformar el Fuero de Vizcaya, usos, costumbres, Privilegios, é Livertades de ella, usareis bien, fiel, é lealmente, y sin ningun ódio, ni parcialidad, ni algún dolo, ni fraude, entendereis en la dicha reformacion, y las cosas, que vieredes, que son utiles, y provechosas al servicio de Dios, y de sus Magestades, y á la buena governacion, y administración de la Justicia, y bien, é utilidad de los Moradores de este dicho Señorío de Vizcaya, aquellas ordenareis, y las que no fueren tales, y no fueren utiles, y provechosas quitareis*; y en todo como buenos, y Fieles Christianos, celosos del próximo, y bien de la República, usareis en todo lo que ordenaredes, como buenos Republicos?Y los sobredichos, é cada uno de ellos respondieron: Si juro".

[iv] Ley 42/1959: Disposiciones finales.
Primera.Todas las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala quedan sustituidas por las establecidas en esta Compilación.

Segunda: En lo no previsto en esta Ley, y en tanto no se oponga a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Alava el Código Civil y las Leyes que éste declara vigentes".

[v] Refiriéndonos de nuevo sólo a las sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Compilación de 1959, podemos citar todas estas sentencias que aplican directamente el Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526 (y no la compilación de 1959), norma que el propio TS afirmaba vigente como derecho transitorio en relación, al menos, con todos los actos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación (por remisión de las dos disposiciones transitorias de esta): STS 279/1960 de 19/05/1960 (ECLI: ES:TS:1960:279); STS 141/1960 de 14/10/1960 ECLI: ES:TS:1960:141; STS 2001/1961 de 27/05/1961 (ECLI: ES:TS:1961:2001); STS 2823/1962 de 20/03/1962 ECLI: ES:TS:1962:2823; STS 2448/1962 de 04/10/1962 (ECLI: ES:TS:1962:2448); STS 2603/1962 de 22/12/1962 (ECLI: ES:TS:1962:2603); STS 2670/1964 de 29/04/1964 (ECLI: ES:TS:1964:2670); STS 3433/1965 13/05/1965 (ECLI: ES:TS:1965:3433); STS 63/1969 de 02/06/1969- (ECLI: ES:TS:1969:63); STS 505/1970 de 17/02/1970 (ECLI: ES:TS:1970:505); STS 990/1971 de 20/11/1971 (ECLI: ES:TS:1971:990); STS 4216/1978 de 03/06/1978 (ECLI: ES:TS:1978:4216); STS 8898/1987 :de 07/04/1987 (ECLI: ES:TS:1987:8898); STS 2498/1987 de 07/04/1987 (ECLI: ES:TS:1987:2498).

[vi] Urrutia Badiola, Andrés: Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco [1876-1992]". Academia Vasca del Derecho. 2013.

[vii] A estos efectos, resulta ejemplo de lo que afirmamos y particularmente elocuente, lo expresado en los siguientes párrafos del fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia 668/2018 de 28 de noviembre de la Audiencia Provincial de Alava (Roj: SAP VI 1135/2018 - ECLI: ES:APVI:2018:1135):

"...Una primera conclusión sería que la Ley 7/2015, de 30 de junio ni conserva, ni desarrolla, ni modifica el Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco. Pero no debemos olvidar lo que señala la Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978 : "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía."

Así se constitucionalizan los derechos históricos vascos, de modo que, integrados en la Norma fundamental, les alcanza su supremacía. Lo que, a su vez, produce, entre otros, un efecto de vinculación de los poderes públicos, también de los Jueces y Tribunales que constituyen el Poder Judicial, de modo que éstos vienen obligados a respetar el régimen foral y su actualización. Estaríamos, pues, ante lo que la doctrina ha llamado un "plus de legitimidad foral".

El techo competencial del régimen foral no está constituido por la combinación de los artículos 148 y 149 de la Constitución , máximo techo estatutario para las Comunidades de autonomía plena, sino que, en virtud del propio régimen foral, los territorios forales pueden superar en sus competencias históricas ese techo, hasta alcanzar el límite máximo del techo autonómico, que sería la unidad constitucional, criterio plasmado en el artículo 150.2 de la propia Constitución .

Señalemos que el Consejo de Estado, cuya doctrina se cita en el recurso de apelación, y que, como es conocido, apoyó los dos recursos de inconstitucionalidad que cita la parte recurrente, también ha dicho dos cosas:

A) En su Dictamen 1537/1992 sobre la Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho Civil Foral dijera que: "-El ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma no queda, así, rígidamente limitado por la Compilación, sino que podrá extenderse a: a) Las instituciones civiles que puedan identificarse históricamente en la tradición jurídica vasca, aún no compiladas, cuando mantengan su vigencia al margen de la Compilación por no haber sido recogidas en ella. b) Las instituciones conexas con las ya reguladas, que presenten posibles perfiles propios respecto del derecho general-."

B) En el Dictamen 3013/2003, éste sobre la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que "-A la vista de las anteriores consideraciones es posible percibir una conexión suficiente entre la adopción y las instituciones reguladas por el derecho civil foral del País Vasco, siempre teniendo en cuenta que cualquier invocación del derecho foral no puede ser homogénea para todo el territorio del País Vasco, como resulta de la propia Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco-".

La promulgación por el Parlamento Vasco de la Ley 7/2015, de 30 de junio es, precisamente, efecto de ese "plus de legitimidad" al que hemos aludido más arriba, y para constatarlo cabe acudir a la doctrina constitucional, y dentro de ella a dos sentencias.

La primera es la STC 76/1988, de 26 de abril , que viene a señalar, en el contexto de un recurso sobre la Ley Vasca de Territorios Históricos que "- la actualización que se prevé resulta consecuencia obligada del mismo carácter de norma suprema de la Constitución", para añadir más adelante: "- La actualización, por tanto, como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquéllos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento."

La segunda es la STC 214/1989, de 21 de diciembre , en el contexto de un recurso contra la Ley de Bases de Régimen Local, que "- la garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional-", pero, y al tiempo que esa garantía constitucional comporta un tratamiento normativo singular propio de ese régimen foral, incluso frente a los poderes centrales del Estado.

Cabe concluir así que el propio Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de una actualización foral al margen del Estatuto de Autonomía, lo que puede comportar un tratamiento normativo distinto para los territorios forales, y, a su vez, podría llevar a afirmar que ni el marco constitucional ni, tampoco, el estatutario, conllevan una sujeción estricta de los regímenes forales al sistema general autonómico del Título VIII de la Constitución, lo que, a su vez, haría factible el reconocimiento de un elemento competencial y organizativo del régimen foral funcionando a modo de excepción del modelo general autonómico, y plenamente compatible con la Constitución.

Se hace pues innecesario, al menos desde un punto de vista teórico, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si existe una interpretación constitucional conforme de la norma discutida y no se aprecia claramente que exista un conflicto de competencia. Conflicto que, en su caso, correspondería plantear por otra vía, la del recurso de inconstitucionalidad, y con otros entes jurídicos legitimados, no las partes de un proceso en el que lo que se sustancia es una pretensión meramente civil".

[viii] Al fin y al cabo, no es casual que, en el caso vasco, fuera la abolición de los fueros llevada a cabo por esas leyes de 1836 y de 1876 la que, en un primer lugar, allanó el camino al recorte a la aplicación del Fuero civil y su progresiva sustitución por el Código Civil, mediante la previa erradicación de los mecanismos legislativos propios (Juntas Generales) que hubieran permitido su actualización y desarrollo, precisamente en el momento de radical renovación de los derechos civiles en todo Europa (véase el propio ejemplo español, que hasta el proceso codificador iniciado precisamente entonces estuvo también basado en textos medievales que se habían mantenido invariablemente en vigor, con poco o ningún cambio); mediante la abolición de los mecanismos de garantía (pase foral, en la forma recogida en la ley II del Título I del Fuero Nuevo en Bizkaia, y en otros territorios) que hubieran permitido encauzar la oposición a las distintas normas civiles que fueron recortando el contenido, las especificidades o el alcance de las instituciones civiles (Ley de enjuiciamiento civil, leyes especiales civiles, el propio Código civil, o finalmente, la Ley de la Compilación); y mediante la supresión, por medio de la avocación a tribunales no radicados en el País Vasco de los casos que previamente venían resueltos por los tribunales forales, de los mecanismos jurisprudenciales que, hasta entonces, permitían la integración y la principal prueba de aplicación inmemorial y consuetudinaria de este Derecho (Decreto de Espartero de 29 de octubre de 1841 erradicando los tribunales forales y la posterior introducción del recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, …). Es elocuente que, precisamente por ese motivo, los representantes de Vizcaya (únicos convocados, de entre los tres territorios) no aparecen en las actas de las sesiones de la Comisión codificadora. Como refiere el propio Alonso Martínez no tomaron parte en los debates (Alonso Martínez, M. El Código Civil, en su relación con las legislaciones forales. Madrid, 1884-1885; Tomo II. Pág. 218), ni se les asignó ponencia alguna, porque la situación de los vocales correspondientes, en aquellas fechas inmediatamente posteriores a la definitiva abolición foral, "era por todo extremo comprometida; no tenían poderes de sus respectivas provincias, y temían cargar ante ellas con la abrumadora responsabilidad de sus queridas instituciones seculares" (Alonso Martínez, M. El Código civil en su relación con… Tomo I, pág. 184).

[ix] Ley de 25 de octubre de 1839, de confirmación y modificación del fuero de las Provincias Vascongadas y de Navarra (Texto publicado en Gaceta 26 de octubre de 1839)

Preámbulo. Doña Isabel II por la Gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas y durante su menor edad, la Reina viuda doña María Cristina de Borbón, su Augusta Madre, como Reina Gobernadora del Reino; a todos los que la presente vieren y entendieren sabed: que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:

Artículo 1. Se confirman los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía.

Artículo 2. El Gobierno, tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entretanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes.
Por tanto mandamos a todos los Tribunales, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar, la presente Ley en todas sus partes.
Tendréis lo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento.
Yo la Reina Gobernadora.
En Palacio a 16 de noviembre de 1839.
A D. Lorenzo Artazola. Ministro interino de la Gobernación de la Península.

[x] Ley de 21 de julio de 1876:
Don Alfonso XIII, etc.
Art. 1.º Los deberes que la Constitución política ha impuesto siempre a todos los españoles de acudir al servicio de las armas cuando la ley los llame, y de contribuir en proporción de sus haberes a los gastos del Estado, se extenderán, como los derechos constitucionales se extienden, a los habitantes de las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava del mismo modo que a los de las demás de la Nación.
Art. 2.º Por virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, las tres provincias referidas quedan obligadas desde la publicación de esta ley a presentar, en los casos de quintas o reemplazos ordinarios y extraordinarios del ejército, el cupo de hombres que les corresponden con arreglo a las leyes.
Art. 3.º Quedan igualmente obligadas desde la publicación de esta ley las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava a pagar, en la proporción que les correspondan y con destino a los gastos públicos, las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios que se consignen en los presupuestos generales del Estado.
Art. 4.º Se autoriza al Gobierno para que, dando en su día cuenta a las Cortes y teniendo presente la ley de 19 de septiembre de 1837 y la de 16 de agosto de 1841 y el decreto de 29 de octubre del mismo año, proceda a acordar, con audiencia de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya si lo juzga oportuno, todas las reformas que en su antiguo régimen foral lo exijan, así el bienestar de los pueblos vascongados como el buen gobierno y la seguridad de la Nación.
Art. 5.º Se autoriza también al Gobierno, dando en su día cuenta a las Cortes:
Primero: Para dejar al arbitrio de las Diputaciones los medios de presentar sus respectivos cupos de hombres en los casos de quintas ordinarias y extraordinarias.

[xi] Ciertamente, el principio general implica que la derogación de una norma derogatoria no conlleva sin más que la norma derogada en primer lugar recobre vigor (art. 2.2 del Código Civil: "Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado"). Desde una perspectiva estrictamente positivista, si se deroga una norma derogatoria que ha realizado su efecto, la norma derogada no vuelve sin más a entrar en vigor, salvo que ese efecto se ordene expresamente u otra norma posterior ordene expresamente dicha reviviscencia. En la medida en que una norma derogatoria ha realizado su efecto, la norma derogada deja de existir, deja de ser válida, y para que vuelva a serlo habrá de ser actualizada expresamente en esa vigencia. Por otro lado (siendo reiterada doctrina constitucional que sostiene que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, y que el control por parte del Tribunal Constitucional de la selección de la norma aplicable solo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente ", como señala la STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3) nos encontramos también que la jurisprudencia ordinaria sostiene del mismo modo que, en determinadas circunstancias, el principio de seguridad jurídica y la necesidad de evitar un vacío normativo inaceptable, conllevan que con la anulación o derogación de la norma derogatoria queda nulo también el efecto derogatorio sobre la normativa anterior, que puede en tal medida recobrar vigencia. Más a más, si esa reviviscencia va acompañada de una confirmación del vigor de la norma por la legislación posterior.

[xii] A modo de ejemplo de este mismo efecto, véase Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 155/1987 de 14 Oct. 1987, Rec. 485/1985 FJ4 in fine: "Pero es que, además, tampoco el tenor literal de la tantas veces citada Disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que solo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, *no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario*, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada. Esta interpretación, de acuerdo

con la cual *la remisión de la Disposición transitoria octava a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo* es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada, no solo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código Civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la Disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución, en cuanto hubieran resultado derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente *para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra*. Como, según indicábamos en el fundamento 2.º de esta Sentencia, la inconstitucionalidad de la norma cuestionada era una inconstitucionalidad per relationem, *por remitir ésta a un derecho material cuya compatibilidad con la Constitución es prima facie harto dudosa,* al quedar rota, en virtud de lo dicho, la relación entre ambos preceptos, desaparece el defecto que se imputaba a la norma de remisión que, entendida de acuerdo con su propio tenor como *remisión a toda la legislación anterior, de la que en sentido lato forma parte también la Norma constitucional*, no puede ser juzgada contraria a la Constitución, ni en lo que se refiere a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, ni a fortiori, en lo que toca a aquellas en las que la muerte del causante se produjo antes de ese momento.

[xiii] La sentencia 77/2018, de 5 de Julio de 2018, del Tribunal Constitucional, inadmitió la cuestión de constitucionalidad planteada por un Juzgado contra la ley vasca, por entender que dicha cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley, basada esencialmente en la supuesta falta de competencia de las instituciones vascas, adolecía de una "*ausencia de argumentación que conlleva un evidente riesgo para el carácter concreto del control de constitucionalidad verificado mediante este tipo de procesos, ya que esa omisión implicaría que, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad* (STC 83/2015 , FJ 3)" (FJ 2)". En un sentido similar se pronunció posteriormente el ATC 93/2020, 10 de septiembre de 2020, mediante el que el máximo intérprete constitucional inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

[xiv] Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual el juzgador, y particularmente el juzgador constitucional, no se encuentra necesariamente vinculado por el encuadramiento competencial que realicen las partes en el proceso o por el que hayan declarado ejercitar a través de la exposición de motivos de la norma (por todas, STC 77/2012, de 16 de abril, FJ 3). Igualmente, citando en concreto sentencias relativas al título competencial sobre Derecho civil foral o especial, tal y como se establece en el art. 149.1.8 CE, es doctrina reiterada del mismo tribunal que, independientemente del título que alegue ejercitar la exposición de motivos de la norma o que se haya alegado en el proceso, si materialmente tienen ese contenido las regulaciones relativas a las relaciones inter privatos constituyen reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), y en tal sentido el contenido de la norma puede ser reconducido a y contrastado con lo previsto en el art. 149.1.8 CE (a modo de ejemplo, la ya citada STC 28/2012, de 1 de marzo, o la STC 81/2013 de 11 Abr. 2013, FJ 4). Para bien y para mal debe primar el criterio material sobre el meramente declarado.

[xv] Respectivamente: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del Principado de Asturias; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; … evidentemente, todas ellas sin competencia en Derecho civil foral o especial propio.

[xvi] Esto se aprecia con claridad de un simple contraste de los contenidos de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco con los contenidos que disposición final primera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, estatal de Fundaciones determina como expresamente constitutivos del ámbito civil, "sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista". Así, por ejemplo, el artículo 4 (Fundadores) de la Ley vasca, en relación con el artículo 8 (Capacidad para fundar) de la Ley estatal; el artículo 5 (Modos de constitución) de la Ley vasca, en relación con el artículo 9 (Modalidades de constitución) de la Ley estatal; el artículo 6 (Escritura de constitución) de la Ley vasca, en relación con el artículo 10 (Escritura de constitución) de la Ley estatal; el artículo 7 (Estatutos) de la Ley vasca, en relación con el 11 (Estatutos) de la Ley estatal; el artículo 9 (Dotación patrimonial) de la Ley vasca, en relación con el artículo 12 (Dotación) de la Ley estatal;

el artículo 4 (Fundadores) de la Ley vasca, en relación con el artículo 13 (Fundación en proceso de formación) de la Ley estatal; el artículo 15 (Responsabilidad) de la Ley vasca, en relación con el artículo 17.1 y 2 (Responsabilidad de los patronos) de la Ley estatal;; el artículo 16 (Sustitución, cese y suspensión) de la Ley vasca, en relación con el artículo 18.1.2. y 4 (Sustitución, cese y suspensión de patrono) de la Ley estatal; los artículos 20 (Composición y administración) y 22 (Actos de disposición o gravamen) de la Ley vasca, en relación con el artículo 19.1 (Composición, administración y disposición del patrimonio: concepto de patrimonio de la fundación) de la Ley estatal; el artículo 21 (Liberalidades) de la Ley vasca, en relación con el artículo 22.1 y 2, excepto el último inciso (Herencias y donaciones: aceptación) de la Ley estatal; el artículo 31 (Modificación) de la Ley vasca, en relación con el artículo 29.1, 2, 3 y 5 (Modificación de los Estatutos) de la Ley estatal; el artículo 32 (Fusión) de la Ley vasca, en relación con el artículo 30.1, 3 y 4 (Fusión) de la Ley estatal; los artículos 33 (Extinción) y 34 (Procedimiento de extinción) de la Ley vasca, en relación con el artículo 32 (Formas de extinción) de la Ley estatal; el artículo 38 (Gestión provisional) de la Ley vasca y particularmente su apartado 3, en relación con el artículo 42 (Intervención temporal) de la Ley estatal. Estos contenidos son también objeto de regulación por la Ley 9/2016, de 2 de junio, de fundaciones del País Vasco, aunque esta última asume ya sin ambages su carácter civil al apelar expresamente a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil vasco en ejercicio del artículo 10.5 del Estatuto de autonomía.

[xvii] Es cierto que los Fueros escritos no hacen referencia alguna a fundaciones ni a cooperativas como tales, ni mucho menos se hizo apelación alguna a las mismas en la Compilación. Aun así, no es menos cierto que, la primera fundación de la que tenemos constancia en Euskadi, según datos del propio Registro de Fundaciones, la "Fundación Santo Hospital del Glorioso de San Juan Bautista" fue fundada 1 de enero de 1500. , antes incluso de que se redactara el Fuero nuevo de Bizkaia, territorio en el que radica. Del mismo modo, junto a ella constan en el Registro (cuyas primeras inscripciones datan de 1902) no menos de 79 fundaciones cuya escritura de constitución es anterior a que se aprobara el Código Civil en 1889, de las cuales hasta 21 (incluyendo la ya citada "Fundación Santo Hospital del Glorioso de San Juan Bautista") se consideran todavía hoy plenamente activas. Del mismo modo, la primera cooperativa de Euskadi (la "Sociedad Cooperativa de Obreros de Barakaldo", una cooperativa de consumo surgida a la sombra de los Altos Hornos de Vizcaya) se fundó ya en 1884, existiendo ya varias cooperativas similares en otros lugares de Bizkaia y Araba antes incluso de que se aprobara el Código Civil y, solo 4 años más tarde, en 1893, también en Gipuzkoa. Consecuentemente, la tradición fundacional o cooperativista de Euskadi, y la recepción de ambas figuras en los usos jurídicos privados de los vascos desde tiempos más que notables, desde luego suficientes para constituir derecho sobre una base que, al menos inicialmente, era netamente civil, debería estar pues fuera de toda duda.

[xviii] En este sentido nos interesaría destacar las siguientes sentencias:
-Sentencia del TSJPV (Sala de lo Civil) de fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017 Nº Recurso: 11/2017. ROJ: STSJ PV 3208/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:3208, sobre la necesaria vinculación de la casa de labor a la explotación agrícola-ganadera y el concepto de caserío, donde se plantea la interacción entre la Ley 2/2006 del suelo y las Leyes 5/2015 y la 3/1992.
-Sentencia del TSJPV (Sala de lo Contencioso Administrativo) de fecha: 15/06/2017. Nº de Resolución: 310/2017. Nº Recurso: 258/2016. ROJ: STSJ PV 2403/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:2403, donde se plantean puntos de conexión entre la Ley 5/2015 y la Ley 2/2003, en relación a la extinción de pareja de hecho.
-Sentencia del TSJPV (Sala de lo Civil) de fecha: 18/09/2017 Nº de Resolución: 9/2017 Nº Recurso: 2/2017. ROJ: STSJ PV 2787/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:2787, donde se plantean interacciones entre la Ley 7/2015 y la Ley 5/2015.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 28/09/2017. Nº de Resolución: 230/2017 Nº Recurso: 2066/2017. ROJ: SAP SS 689/2017 - ECLI:ES:APSS:2017:689, donde se plantean también posibles puntos de conexión entre la Ley 5/2015 y Ley 7/2015.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 30/12/2015 Nº de Resolución: 347/2015 Nº Recurso: 3406/2014. ROJ: SAP SS 1037/2015 - ECLI:ES:APSS:2015:1037, donde se plantean puntos de conexión entre la Ley 7/2007 de asociaciones y la Ley 2/2006 del suelo, en el sentido de que una asociación no se puede reconvertir en una comunidad de propietarios de hecho.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 30/01/2018 Nº de Resolución: 4/2018 Nº Recurso: 3341/2017 ROJ: SAP SS 83/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:83 , donde se plantean puntos de conexión entre la Ley 7/2015 y la Ley 1/2008.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Araba de fecha: 20/07/2018 Nº de Resolución: 360/2018 Nº de Recurso: 49/2018 ROJ: SAP VI 583/2018 - ECLI: ES:APVI:2018:583A, donde se incluyen referencias tanto a la Ley 5/2015 como a la Ley 7/2015.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 21/12/2018 Nº de Resolución: 697/2018 Nº de Recurso: 2800/2018 ROJ: SAP SS 1079/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:1079, donde se incluyen referencias tanto a la Ley 5/2015 como a la Ley 7/2015.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Araba de Fecha: 28/11/2018 Nº de Resolución: 668/2018 Nº de Recurso: 848/2018 ROJ: SAP VI 1135/2018 - ECLI: ES:APVI:2018:1135, donde aplica tanto a la Ley 2/2003 como a la Ley 7/2015.

-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal de Fecha: 28/11/2018 Nº de Resolución: 24/2018 Nº de Recurso: 29/2018 ROJ: ATSJ PV 398/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:398A, donde se plantean puntos de conexión entre la Ley 7/2015 y la Ley 3/2005,
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Araba de fecha: 23/11/2018 Nº de Resolución: 653/2018 Nº de Recurso: 998/2018 Roj: SAP VI 1143/2018 - ECLI: ES:APVI:2018:1143, donde se plantean puntos de conexión entre la Ley 7/2015 y la Ley 3/2005.
-Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de Fecha: 09/07/2018 Nº de Resolución: 101/2018 Nº de Recurso: 2162/2018 Roj: AAP SS 764/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:764A, donde se plantean puntos de conexión entre la Ley 7/2015 y la Ley 3/2005.

[xix] Ejemplo de ello puede ser la conexión entre la regulación aplicable a las parejas de hecho (y la diferencia entre las parejas de hecho registradas y las no registradas o basadas en el simple more uxorio) y los derechos tanto patrimoniales (troncales) como sucesorios que se derivan del Derecho civil foral, como la que se plantea indirectamente en la: Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de fecha: 17/11/2016 Nº de Resolución: 443/2016 Nº de Recurso: 380/2016 Roj: SAP BI 2068/2016 - ECLI: ES:APBI:2016:2068

[xx] A modo de ejemplo de lo que decimos podemos citar la: Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 26/05/2017 Nº de Resolución: 143/2017 Nº Recurso: 2088/2017. ROJ: SAP SS 422/2017 - ECLI:ES:APSS:2017:422

[xxi] Cambio de denominación producido a partir de 28 de enero de 2020 por aplicación del artículo 2 del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

[xxii] Indirectamente, esta cuestión se relaciona con las propias dificultades encontradas a la hora de realizar esta misma evaluación, antes referidas, al carecer EUSTAT de ninguna fuente de datos sobre la vecindad civil de los ciudadanos vascos, y al requerir también un notable trabajo el recabar los datos de los registros civiles de Euskadi, no ya sobre la vecindad civil de los ciudadanos vascos (tampoco se registra ahí), sino tan siquiera de las manifestaciones de voluntad sobre vecindad civil que sí se registran efectivamente, como antes se ha explicado.

[xxiii] Resolución de 6 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado; Resolución de 12 de junio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado; Resolución de 12 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

[xxiv] En relación con estas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el plano de los posibles desarrollos del Derecho civil vasco, cabe notar que en una de dichas resoluciones (la de 6 de octubre de 2016), al plantearse su propia competencia para resolver el recurso, la Dirección General advierte que se da la circunstancia de que la Comunidad del País Vasco no tiene regulación propia sobre los recursos contra las calificaciones de los registradores como sucede en Cataluña. Conforme a dicha resolución, el artículo 14.1.e) del Estatuto de Gernika dispone que la competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende a los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo vasco que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad, si bien como Euskadi no ha regulado una instancia propia en fase de interposición, es de aplicación, hasta que lo haga, la regulación estatal contenida en la Ley Hipotecaria, y consiguientemente la primera instancia se ha de sustanciar ante dicha Dirección General de los Registros y del Notariado. Aunque, como puede verse, dicha resolución admite que la solución podría ser otra, si así se regulase.

[xxv] A modo de ejemplo, sólo en el grupo de sentencias posteriores a octubre de 2015, podemos citar:
Auto del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) de fecha: 04/10/2016 Nº de Resolución: 8/2016 Nº Recurso: 13/2016. ROJ: ATSJ PV 16/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:16A, que analiza una costumbre relativa a la transmisión del caserío guipuzcoano cuya infracción se alega como motivo del recurso, considerándola irrelevante respecto a la cuestión planteada, por no ser de aplicación a los hechos fijados en la sentencia recurrida porque la citada costumbre, posteriormente positivizada la Ley 3/1992, no es de aplicación a las sucesiones intestadas sino a las testadas.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 15/04/2016 Nº de Resolución: 85/2016 Nº Recurso: 2084/2016. ROJ: SAP SS 308/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:308, sobre impugnación de las operaciones divisorias de herencia con remisión al contador partidor que realice nueva partición con las modificaciones. Advertencia sobre las dificultades existentes para determinar el ámbito de vigencia y fijar claramente el contenido del derecho consuetudinario guipuzcoano, que se plasmaron y desarrollaron en la Ley 3/1999, de 26 de noviembre.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 15/04/2016. Nº de Resolución: 75/2016. Nº Recurso: 1/2016. ROJ: SAP SS 340/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:340, sobre formación de inventario del causante existiendo donaciones debiendo ser

declaradas no colacionables en su caso al amparo de legislación civil foral de Guipúzcoa sin que la norma contemple normas transitorias de aplicación. Planteamiento de la posible vigencia de costumbre al amparo de la Ley 3/1992 y de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco en vigor desde el día 3 de octubre de 2015.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de fecha: 16/02/2016. Nº de Resolución: 28/2016. Nº Recurso: 3030/2016. ROJ: SAP SS 122/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:122, sobre si el caserío donado ínter vivos debía ser reintegrado a la masa para la formación de inventario, teniendo en cuenta que las donaciones intervivos se formalizaron en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/1999, de 26 de Noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, cuya entrada en vigor se produjo el día siguiente a su publicación en el BOPV el día 30 de Diciembre de 1999 que no contiene disposición transitoria alguna que declare la aplicación retroactiva de las previsiones de la Ley a actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor. Planteamiento de la posible vigencia de costumbre, advirtiendo las dificultades para determinar su ámbito de vigencia.

[xxvi] Disposición derogatoria de la LDCV. - Quedan derogadas las leyes 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y 3/1999, 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa, y cualquier otra en lo que se oponga a lo dispuesto en la presente.

[xxvii] Artículo 147.1 de la Ley 3/1992 (la cursiva es nuestra): "Se *reconoce la vigencia de las costumbres civiles* sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa".

[xxviii] Tal y como explica la polémica el propio Tribunal Supremo (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 204/2002 de 12 Mar. 2002, Rec. 3081/1996, Fj 2.): "Así como el Fuero Viejo no señalaba plazo alguno respecto al ciclo temporal en que ha de usarse el poder testatorio, el Fuero Nuevo de 1526 estableció como tal el tiempo en que los hijos o sucesores fueran menores de edad y si son mayores de edad al término de un año y un día; sin embargo, la costumbre de prorrogar el poder testatorio tiene sin duda gran arraigo en Bizkaia, hasta el punto de que la Ley 3/1992, de 1 Jul., sobre Derecho Civil y Foral del País Vasco la ha acogido en su artículo 44, al establecer que «el comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio; si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviese», con la precisión, en su Exposición de Motivos, de que la institución de «alkar poderoso» o poder testatorio, dada la tradición constante del pueblo vizcaíno de consignarla en la casi totalidad de sus capitulaciones matrimoniales, se considera como una de las piezas más importantes de este Derecho Foral, que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia, por lo que el plazo de ejercicio del poder se regula con la amplitud característica con que siempre se ha utilizado frente a decisiones autoritarias que lo constriñen". La decisión autoritaria, en este caso, era la del propio literal del Fuero que por influencia de las Leyes de Toro impuso el ejercicio en un plazo determinado, pero la costumbre inveterada y ampliamente admitida de extender el plazo de ejercicio se mantuvo en la práctica.

[xxix] Tanto la doctrina del Tribunal Supremo como la del propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 23 Ene. 2001, Rec. 3/2000, FJ Segundo) entienden que, a partir de la entrada en vigor del artículo 19 de la Compilación (según el cual "...El testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo. Si no lo hubiera señalado, el plazo será de un año, contando desde la muerte del testador, o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos"), la costumbre de extender el plazo más allá del legalmente establecido puede considerarse una costumbre *secundum legem* o *propter legem*.

[xxx] Tanto por el artículo 44 de la Ley 3/1992, de 1 Julio, sobre Derecho Civil y Foral del País Vasco cómo por el actual artículo 41 LDCV (la cursiva es nuestra):
Artículo 41 – Plazo del ejercicio del poder testatorio
"1.– El testador podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Cuando se designe comisario al cónyuge o miembro de la pareja de hecho, el plazo podrá serle conferido por tiempo indefinido o por los años que viviere.
2.– *A falta de señalamiento de plazo*, éste será de un año a partir de la muerte del testador o desde la declaración judicial de su fallecimiento si todos los sucesores fueren mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación.
3.– El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario es, salvo disposición en contrario del testador, el representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario, carácter que mantendrá incluso después de haber hecho uso del poder".

[xxxi] Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra redactada conforme establece la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (la cursiva es nuestra):
"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".

[xxxii] Por remisión a la legislación civil común como supletoria y, dentro de ella, al artículo 1.3 del Código Civil (la cursiva es nuetra): "*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".

[xxxiii] A fin de cuentas, como señala el artículo 3 LDCV, el derecho supletorio aplica sólo "en defecto de ley *o de costumbre foral aplicable*", lo cual implicaría que el artículo 1.3 CC no podría aplicarse si hubiera una costumbre foral aplicable. Si se entendiera que la costumbre foral se decantaba por la admisión de la costumbre contra legem como fuente del Derecho, como pudo ser el caso en este ejemplo concreto, el Derecho supletorio no entraría en juego y la regulación de la prelación de fuentes se debería entender modificada por la propia costumbre. No obstante, y a pesar de que es un hecho de que durante mucho tiempo la práctica admitida se opuso a la literalidad del Fuero, esa lectura de la costumbre fomo fuente fue descartada por referencia al propio Fuero, al menos en Bizkaia, en la interpretación hecha por el Tribunal Supremo (STS 279/1960 de 19/05/1960; ECLI: ES:TS:1960:279; CONSIDERANDO [SEGUNDO]): "...con independencia del defecto procesal anotado, que en Vizcaya el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales, y no podrá ser invocado como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales, a lo que se oponen las mismas leyes del Fuero, que en la trece del título VII dispone que los Jueces que han de aplicar sus leyes lo hagan al pie de la letra, en el Condado y Señorío sin atenerse a cualquier Ley del Fuero, uso y costumbre y ceremonia que anteriormente se haya guardado, si están en contra de lo confirmado entonces en los fueros teniéndolo por revocado, anulado y sin ningún valor ni efecto; reiterando esta Ley la tercera del título XXXVI, que ordena que ningún Juez que resida en Vizcaya, Corte o Cancillería ni en el Consejo Real, ni en ningún otro, en los pleitos que entre ellos fueren de entre los vizcaínos, sentencien, determinen ni libren por otras leyes, ni ordenanzas algunas, salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya (lo que por ellas se pueda determinar) y los que por ellas no se pudiere determinar, determinen por las leyes del Reino o pragmáticas de su realeza -el Rey-; que las leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleitos de Vizcaya y Encartaciones siempre se prefieren a todas las otras leyes y pragmáticas del remo y del derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare o se proveyere, sea en sí ninguno y de ningún valor y efecto, estableciendo sanciones económicas contra el Letrado y Abogado que derechamente alegare contra Ley alguna de este Fuero; leyes que obedecen a las razones que moto, digo motivaron, la modificación de la recopilación del Fuero antiguo de Vizcaya, vigente desde el año 1452, en la junta celebrada el 5 de abril de 1526, de suprimir cosas que no son necesarias, otras que son superfluas y que no se practican, y dejando en cambio de consignarse otras que son necesarias para la paz y sosiego de la tierra y buena administración de justicia, las que se practiquen, digo practican, por uso y costumbre, siendo muchas veces difícil y costoso probar esos usos y costumbres y que hacía falta también clasificar las leyes del Fuero, quitando de ellas lo superfluo y no provechoso ni necesario añadiendo y escribiendo en dicho Fuero todo lo que estaba sin escribir que por uso y costumbre se practica para que así reformado dicho Fuero estuviese escrito no haya necesidad ninguna de las partes hacer probanza sobre si el dicho Fuero, en las leyes de él son usadas, o guardadas o no, y, por tanto, de disposiciones tan claras y precisas no puede deducirse, ni la existencia de una costumbre, que la sentencia recurrida no admite, ni que ella fuera conforme a la ley, por lo que no puede prevalecer este motivo en cuanto acusa infracción del artículo 5.º y del 6.º del Código Civil".

[xxxiv] LDCV artículo 4 (la cursiva es nuestra).– 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".

[xxxv] Uso jurídico que, aunque se oponga al texto expreso de la Ley, sería legal y admisible si la Ley es dispositiva o puede ser renunciada por la voluntad expresa de las partes.

[xxxvi] Si tenemos en cuenta que, por ejemplo en Bizkaia (donde, entre 2012 y 2018 se han producido de media 11.494 defunciones y 1.323 donaciones anuales por las que se ha recaudado una media de 57.462.000 euros, o lo que es lo mismo, 4.483,26 euros por acto gravado), la mayor parte de los herederos (cónyuge, pareja de hecho, descendientes y ascendientes en línea recta por consanguinidad o adopción) tributan a un tipo fijo del 1,5% (el mismo tipo que se aplica a las donaciones de padres y madres a hijos), y que además cuentan con una reducción del 95% de reducción de la base imponible, podemos hacernos una idea aproximada del montante total del valor de los bienes que, anualmente, son objeto de transmisión por esta vía hereditaria o asimilada y, por tanto, resultan afectados por esa normativa sucesoria (bajo los anteriores supuestos, ello arrojaría una masa media transmitida para Bizkaia de 5.977.686 euros en ese periodo). La cifra real será en todo caso menor, ya que no todas las donaciones ni todas las sucesiones están bonificadas con la misma reducción de la base imponible, ni todas tributan al tipo menor, aunque sí la gran mayoría. Así mismo, para considerar el impacto real de cualquier norma en materia sucesoria no hay que perder de vista que se produce cierto decalage o diferencia temporal entre la muerte y el devengo y pago del impuesto que, aunque consideremos efectos retroactivos hasta la fecha de la delación, en realidad no se puede dar sino hasta que se produce la adjudicación y recepción de la herencia por los beneficiarios. Con lo cual, puede asumirse que, con cierta probabilidad, parte de la recaudación que anualmente se percibe por este concepto corresponde, en realidad, a defunciones producidas en el año o años anteriores al de la propia recaudación.

[xxxvii] Manifestación de esta realidad es entre otras, por ejemplo, la posibilidad (establecida en el artículo 48.1 LDCV) de atribución de la legítima a *título de herencia, legado, donación o de otro modo*.

[xxxviii] Tal y como resulta del artículo 20 LDCV

[xxxix] Es decir, el régimen civil vasco no ofrece un sistema dual de responsabilidad hereditaria, como el Código civil, que diferencie entre la responsabilidad "ultra vires" del heredero, que acepta la herencia pura y simplemente (art. 1003 del CC), y la responsabilidad "intra vires" que le compete si dicha aceptación lo es a beneficio de inventario (art. 1023 del CC).

[xl] La responsabilidad del sucesor por el valor de los bienes recibidos –responsabilidad "pro viribus"-, por oposición a la responsabilidad "cum viribus", es decir, a ser satisfecha con los mismos bienes recibidos.

[xli] Este aspecto, a falta de la correspondiente comprobación en sucesivas evaluaciones, puede haberse visto notablemente alterado por las circunstancias excepcionales (restricciones de movilidad, dificultades para recabar la asistencia de un notario, peligro vital inminente especialmente para las personas de edad avanzada...) introducidas por la pandemia por coronavirus que hemos conocido a partir de 2020, que pueden haber hecho revivir esta institución.

[xlii] Disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria que introduce un nuevo Título VII en la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado.

[xliii] Capítulo III, Secciones 2ª, 3ª y 4ª de la Ley del Notariado, artículos 57 a 60.

[xliv] Artículos 61 a 63 Ley del Notariado.

[xlv] Artículos 64 y 65 Ley del Notariado.

[xlvi] Llama especialmente la atención el incremento en Gipuzkoa donde, sin embargo, desde 1999 ya existía la posibilidad de usar este tipo de testamento (artículos 172 a 178 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, en la redacción dada por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa).

[xlvii] Nada que ver con Navarra o Aragón, donde su aplicación es muy frecuente, ya que parte de una historia y de una práctica habitual que no ha conocido las censuras e interrupciones que esta figura ha tenido en el Derecho civil vasco.

[xlviii] Aproximación obtenida del muestreo realizado a un mínimo de un Notario por Zona, sobre la base del trabajo Realizado por el graduado en Derecho y premio Adrián Celaya para jóvenes juristas, Aitor Vitoria Rekalde.

[xlix] La aportación incluía cita y copia del artículo: "Los pactos sucesorios como instrumento de transmisión y protección del patrimonio familiar y personal". Balmaseda, Oscar Monje en "Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables". Dir.: Abel Lluch, Xavier. J.M. Bosch Editor, 2014.

[l] Nótese, en este punto, el paralelismo con la filosofía propia de la institución troncal, en Bizkaia, y a la de la transmisión del caserío en Gipuzkoa, filosofía a la que luego haremos referencia. Especialmente interesante, además, "si tenemos en cuenta que para la Empresa Familiar constituida en sociedad no juega la troncalidad, con lo que existe el riesgo de que las acciones queden fuera de la línea familiar empresarial". (Balmaseda, Oscar Monje, ut supr., citando a Fernandez-Sancho Tahoces, Ana Supaya: "La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su posibilidad registral" (pp.295 y ss). http://www.derechocivil.ehu.es/s0125-con/eu/contenidos/informacion/publicaciones/eu_argitalp/adjuntos/fernandez-sancho2009b.pdf. Ver también Galicia Aizpurua, Gorka: "Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el derecho de Vizcaya" Madrid,2002.

[li] En cuanto a la irrevocabilidad del pacto, y la mayor seguridad jurídica que supone la posibilidad de anticipar el efecto sucesorio, debemos subrayar también que la seguridad no solo repercute en la mejor actitud del beneficiario (que teóricamente será más proclive a comprometerse con la empresa familiar en la medida en que su situación sucesoria venga más firmemente establecida), sino que también tiene efectos sobre las posibilidades de financiación de inversiones que dicho beneficiario pueda querer hacer en la empresa, ya que esa misma seguridad y estabilidad en la situación sucesoria podrá ser valorada por la entidad prestamista.

[lii] Concretamente, según se destaca en el Proyecto, actualmente en tramitación, la ley consta de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales. El artículo primero modifica la Ley del Notariado con siete apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintiocho apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en cinco apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados; finalmente, el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en diecinueve apartados.

[liii] Artículo 100.3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: "Para la validez de un pacto sucesorio se requiere que los otorgantes sean mayores de edad".

[liv] Al LDCV afirmas en su Exposición de Motivos que la troncalidad es, probablemente, una de las instituciones civiles más apreciadas por los juristas vizcaínos a comienzos del siglo pasado, la Ley se hacía eco del profesor CAÑO MORENO, cuando afirmaba que: "Institución es todo aquello que permanece y dura en un medio social más allá de las voluntades subjetivas. Su esencia es una idea, un valor, que se implanta en un medio social. Toda institución es la materialización de una idea servida por una estructura organizativa y apoyada en la aceptación social. La troncalidad ha permanecido hasta nuestros días, previsiblemente fue antes institución social que jurídica, manifestándose primero como costumbre y luego como ley, y representó la materialización de una idea o valor socialmente compartido". Esta característica de ser una institución fundamental y principio rector del Derecho Civil de Bizkaia, Aramaio y Llodio, y principio delimitador del derecho a la propiedad sobre los bienes ha sido reiterado recientemente por la Sentencia del TSJPV de 10 de diciembre de 2018 (Roj. STSJ PV 2641/2018), que siguiendo el mismo criterio anteriormente recogido por la STS de 11.03.2010 (Roj. STS 1721/2010) que tuvo por ponente al Sr. Xiol Ríos. En esta última, decía: *"Y es que, aunque no quepa en la actualidad atribuir a la troncalidad un sentido idéntico al que otrora tuvo, a la vista del cambio y evolución que la familia, la economía y la sociedad han experimentado desde entonces, nada impide seguir caracterizándola: 1) como un principio rector del Derecho civil de Bizkaia cuya función social distintiva consiste en la protección <como valor fundamental de la sociedad vizcaína> de la solidaridad familiar; 2) y también, consecuentemente, para que el cumplimiento de dicha función sea posible, como un principio que delimita y configura el contenido ordinario y normal del derecho de propiedad sobre los bienes raíces".*

[lv] Según expresa el artículo 62 LDCV : *"1. La propiedad de los bienes raíces sitos en la tierra Llana de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y LLodio es troncal. 2. El propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros".*

[lvi] Por otro lado, según la disposición transitoria sexta LDCV, se mantiene vigentes los derechos troncales sobre las sepulturas de Bizkaia que pudieran existir hoy en día, como parte del patrimonio familiar troncal y de respeto a la tradición histórica foral, a la vez que se asume un proceso transitorio de extinción de estas situaciones y su consideración como bien troncal. En ese sentido ya se había pronunciado la Audiencia Provincial de Bizkaia en Sentencia de 29 de octubre de 2013 (Roj. SAP BI 1843/2013) sobre un nicho en el término municipal de Maruri-Jatabe, estableciendo que no están sujetos a troncalidad ni los nichos ni los panteones municipales.

[lvii] Así se refleja en la Sentencia del TSJPV de 9 de septiembre de 2015 (Roj. STSJ PV 2673/2015) al estimar los argumentos expuesto para declarar el carácter troncal discutido sobre una vivienda, y repasa la normativa de la LDCFPV, que ahora se ha mantenido en idénticos términos en la LDCV objeto de este informe: "(…)que en este sentido, se define en los artículos 17 a 20 el doble componente, personal y real, de la troncalidad, se puede concluir, partiendo de la idea central de que no puede haber parientes tronqueros sin bienes troncales ni tampoco bienes troncales sin parientes tronqueros, que la troncalidad exige dos elementos, uno de naturaleza personal y otro de naturaleza real. Preconizando cierto sector doctrinal, junto a los dos anteriores, un tercer elemento denominado mayoritariamente por quienes teorizan sosteniendo su existencia: elemento causal. Y así: A) La troncalidad es una relación de parentesco entre el titular de la finca y el llamado a adquirirla con preferencia, el tronquero. Ahora bien, la determinación de los parientes que son tronqueros queda delimitada a los supuestos mencionados en el antes citado art. 20, que se refiere, en la línea descendente, a los hijos y demás descendientes de la línea de donde proceda la raíz, y en la ascendente, a los ascendientes de la línea de donde proceda la raíz. Por otro lado, y en cuanto a la extensión del parentesco troncal, dispone el art.21, en su primer párrafo, que en la línea descendente, el parentesco troncal se prolonga sin limitación de grado, y que en la ascendente, el parentesco troncal termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz. B) La troncalidad se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana. Así se deduce de los arts. 18 y 20 que encuentran su complemento en el art.19 que es el que aclara lo que debe entenderse por bienes raíces a efectos de troncalidad".

[lviii] La Sentencia del TSJPV de 29 de julio de 1998 (Roj. STSJ PV 763/1998) ya se pronunciaba afirmando: "La acción de nulidad –conferida a los parientes tronqueros para impugnar la enajenación gratuita de los bienes troncales transmitidos contra lo dispuesto en las normas rectoras del instituto de la troncalidad- no se sujeta a plazo breve alguno de caducidad. El recurrente no puede alegar, en defensa de su interés legítimo, ninguna consecuencia jurídica asociada a una tesis incompatible, con el rigor y exactitud de ese criterio. La nulidad también afecta a las enajenaciones gratuitas que, como la donación onerosa disfrazada de compraventa de cobertura, se pactan a favor de parientes tronqueros que no pertenezcan a la línea preferente de quien, al anunciarse la enajenación, es titular dominical de la raíz".

[lix] Es el caso de la Sentencia del TSJPV de 10 de diciembre de 2018 (Roj. STSJ PV 2641/2018) que se pronuncia ante una transmisión de bienes troncales realizada mortis causa mediante testamento otorgado por el titular de los bienes y causante de la herencia, confirma la nulidad de la cláusula testamentaria impugnada, a instancia de los parientes tronqueros, por no respetar sus derechos troncales de adquisición preferente, ordenando que les sean adjudicados, en aplicación de la anterior disposición de la LDCFPV. En el mismo sentido interpretativo se había pronunciado la Sala Primera del TS en su última resolución conocida en materia de troncalidad, la STS de 11.03.2010 (Roj. STS 1721/2010) que resolvía una transmisión de bienes troncales realizada mortis causa, sin existir testamento, vía declaración de herederos legales y aceptación de herencia por el cónyuge viudo, confirmando la nulidad de pleno derecho de dicha actuación y todas las posteriores que permitieron inscribir el bien troncal a nombre de un extraño a la troncalidad.

[lx] La Sentencia de 10 de diciembre de 2018 del TSJPV (Roj. STSJ PV 2641/2018), resuelve esta cuestión ratificando la solicitud planteada por los demandantes y estimada desde la primera instancia, en calidad de parientes tronqueros del causante y titular de los bienes troncales, sobre la nulidad de una cláusula testamentaria que no respetaba sus derechos troncales de adquisición preferente, dice así: " Y es que, aunque no quepa en la actualidad atribuir a la troncalidad un sentido idéntico al que otrora tuvo, a la vista del cambio y evolución que la familia, la economía y la sociedad han experimentado desde entonces, nada impide seguir caracterizándola: (i) como un principio rector del derecho civil de Bizkaia cuya función social distintiva consiste en la protección "como valor fundamental de la sociedad vizcaína", de la solidaridad familiar (ii) y también consecuentemente,

para que el cumplimiento de dicha función sea posible, como un principio que delimita y configura el contenido "ordinario" o "normal" del derecho de propiedad sobre los bienes raíces.

Lo que tiene claro reflejo en el art. 17 LDCFPV: la propiedad de los bienes raíces es troncal, porque a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio, restringiendo con alcance general (señala la EMLDCFPV que el principio de troncalidad " (…) se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos inter vivos o mortis causa, a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno (…)" la facultad dispositiva del titular de los bienes raíces, que solo puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros, a los que se legitima para impugnar, en la forma y con los efectos que se establecen en el Fuero, los actos de disposición que vulneren sus derechos".

[lxi] La Sentencia nº 8/2018, de 10 de diciembre de 2018 del TSJPV (Roj. STSJ PV 2641/2018) precitada, señala : "no negamos que la ley aplicable a la sucesión sea el derecho común en virtud de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento; partimos de ello, pero añadimos que la previsión de la norma que contiene el artículo 23 LDCFPV –si se dan los requisitos necesarios al efecto, y en el presente caso se dan- puede llegar a constituir una salvedad a la "lex successionis" establecida para los conflictos internos por los arts. 9.8 y 16.1 CC, en el sentido de que la aplicación de la misma no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV. Y así lo ha reconocido el TS en la sentencia 111/2010, de 11 de marzo, al declarar, con fundamento en el art. 23 LDCFPV, que: […] siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, éste precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurran los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad.

También somos conscientes, por otro lado, de que el art. 149 CE reserva al Estado en exclusiva la competencia respecto de la solución de los conflictos de leyes, e igualmente, de que el art. 23 –de cuya constitucionalidad no albergamos duda- es una norma de colisión, pero, como hemos visto, acorde y plenamente coherente con la tradición jurídica y el derecho histórico –que la Constitución ampara y respeta-, pues tiene sus precedentes en las normas contenidas en el párrafo tercero del original art. 10 CC y en el art. 10 de la Compilación, que a su vez conectan con la ley XV del título XX del Fuero.

De ahí que se haya dicho que " […] pocas dudas podía haber sobre la competencia de la comunidad autónoma para actualizarlas […] hubiera sido imposible legislar adecuadamente sobre la troncalidad sin atender a poner al día los precedentes […]. Ciertamente, que si la ley foral hubiera optado por una subversión total de los precedentes legislativos citados podría ser discutida la oportunidad, pero cuando simplemente se hace una acomodación o actualización de la misma norma no puede haber duda de que quien puede y debe hacerlo no es otro que el Parlamento Vasco. Y una prueba evidente de ello es que el Gobierno no formuló recurso contra el art. 23. Las leyes anteriores (Compilación y Código Civil), para evitar las posibles violaciones de la troncalidad, determinaron que los vecinos de villa queden sujetos al Fuero respecto de los bienes que poseen en Tierra Llana; y la nueva Ley Foral dice lo mismo de otra manera, aunque penetra más en el sentido y razón de ser de la norma, que no es otro que proteger a la familia troncal frente a los posibles cambios de vecindad del titular de los bienes".

[lxii] La respuesta del TSJPV en la precitada sentencia de 10.12.2018 fue contundente:

" 1º) No hay vulneración del art. 21 TFUE: en el caso presente no se ha impedido ni limitado a un ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2º) No hay vulneración del art. 63 TFUE: en el caso presente no se ha producido la restricción de algún movimiento de capital o de algún pago entre Estados miembros de la Unión o entre algún Estado miembro y un tercer país.

3) No hay vulneración del art. 67 TFUE: la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros; y en España, que es uno de los Estados miembros de la Unión, y un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución, según proclama su disposición adicional primera: "[…] ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales", siendo, sin duda, la más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia el profundo arraigo del principio de troncalidad.

4) Por último, no cabe aceptar que el régimen de la troncalidad pueda colisionar con los principios del derecho de la Unión cuando la misma puede llegar a operar incluso como excepción al principio de unidad de la ley sucesoria adoptado por el

Reglamento (UE) nº 650/2012. Aseveración la anterior que fundamentamos en lo que el propio Reglamento establece al señalar en su art. 30 que "Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión."

[lxiii] Sala de lo Civil del TSJPV en Sentencia nº 7/2015, de 9 de septiembre de 2015 , donde la estimación de las alegaciones de la parte recurrente lleva a casar la sentencia impugnada por vulneración del art. 19, 1º LDCFPV y dice:
"(…) porque desconoce el enunciado normativo contenido en el párrafo segundo del art. 19.1 que atribuye la consideración de raíces, a los efectos de troncalidad, a los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior (el suelo y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta o siembra) "salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia", lo que pone de manifiesto, partiendo de la conceptuación de ajuar doméstico que hemos referido anteriormente y dado que este no ha sido en este caso objeto de transmisión independiente, que, como señala la parte recurrente, "la sentencia recurrida yerra al adicionar al inventario el ajuar doméstico, pues se tiene que predicar necesariamente, conforme a lo dispuesto en el art. 19.1 (…) su carácter de bien raíz troncal destinado o unido a la vivienda litigiosa, formando todo ello una unidad de la que se predica su troncalidad"

[lxiv] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 12. – El caserío
El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos del caserío.

[lxv] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 97. – El caserío (CASERÍO GIPUZKOANO)
El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos del caserío.

[lxvi] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal de Fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017 Nº de Recurso: 11/2017 Roj: STSJ PV 3208/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3208.

[lxvii] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 71. – Bienes incluidos en la transmisión a título gratuito del caserío
La transmisión a título gratuito de un caserío con sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el mobiliario, semovientes, derechos de explotación, maquinaria e instalaciones para su explotación existentes en el mismo.

[lxviii] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 75. – Enajenación de varias fincas
Si son varias las fincas que se enajenan, podrá el tronquero ejercitar su derecho respecto de una o varias y no de las demás, pero tratándose de la enajenación de un caserío, habrá de adquirirlo como una unidad de explotación, con todos los pertenecidos que se enajenen, aunque figuren inscritos separadamente en el Registro de la Propiedad.

[lxix] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 99. – Bienes incluidos en la transmisión a título gratuito del caserío (CASERÍO GIPUZKOANO):
La transmisión a título gratuito de un caserío y sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el conjunto descrito en los artículos anteriores.

[lxx] En la Ley 3/1992 se veía más claramente, al proyectarse con carácter general a toda transmisión a título gratuito, sucesoria o no, y sin perjuicio de su correlato en relación a la saca foral:
Artículo 26
La transmisión a título gratuito de un caserío con sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, el mobiliario, semovientes, maquinaria e instalaciones para su explotación existentes en el mismo.
Artículo 115

Si son varias las fincas que se enajenan, podrá el tronquero ejercitar su derecho respecto de una o varias y no de las demás, pero tratándose de la enajenación de un caserío habrá de adquirirlo como una unidad de explotación, con todos los pertenecidos que se enajenen, aunque figuren inscritos separadamente en el Registro de la Propiedad.

[lxxi] Sobre este particular resulta ineludible citar "La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipuzcoa" Navajas Laporte, Álvaro. Academia Vasca de Derecho, Bilbao 2009. ISBN: 978-84-7752-455-6.

[lxxii] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono de la agricultura. Desarrollo de un ejemplo: el caserío vasco" en "Lurralde. Inves. Espac. 32 (2009). P. 395-404, ISSN 0211-5891.
https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/12541/LURRALDE%2032-2.pdf;sequence=1

[lxxiii] Lo que podemos poner en relación con las consideraciones antes vertidas sobre los artículos 14 y 15 de la LDCV.

[lxxiv] En el artículo de Alberdi Collantes no se especifica la obra de Caro Barjoa de la que se obtiene la cita. No obstante, podemos entenderla indirectamente hecha a Léfèbvre, Th. (1933): Les modes de vie dans les Pyrénées atlantiques orientales. Armand Colin, Paris, citado por Eugenio Ruiz Urrestarazu y Rosario Galdos Urrutia "Reflexiones sobre la desestructuración del caserío vasco" en Investigaciones Geográficas, nº 38 (2005) pp. 79-91 Instituto Universitario de Geografía de la Universidad de Alicante. ISSN: 0213-4619.

[lxxv] Ainz Ibarrondo, M.J. (1996): "El último proceso de cambio en el territorio del caserío". Lurralde, nº 19, pp. 137-154, citado por Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono de la agricultura. Desarrollo de un ejemplo: el caserío vasco" en "Lurralde. Inves. Espac. 32 (2009).

[lxxvi] En el artículo de Alberdi Collantes no se especifica la obra de Caro Baroja de la que se obtiene la cita.

[lxxvii] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[lxxviii] Ainz Ibarrondo, Maria José: "El caserío vasco en el país de las industrias", Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2001. Este trabajo obtuvo el accésit al Premio de Investigación "Realidad Social Vasca 2000" concedido por Lehendakaritza. https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/fondo/pdf/28517_all.pdf

[lxxix] Ainz Ibarrondo, Maria José: "El caserío vasco en el país de ..." op. cit.

[lxxx] Alberdi, Juan Cruz: Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[lxxxi] Urrutikoetxea (1992, p.277). "En una mesa y en compañía. Caserío y familia campesina en la crisis de la sociedad tradicional. Irun 1766-1845" Mundaiz, Donostia.

[lxxxii] Ramos, F., "Bases para la transición al capitalismo en el País Vasco. La sociedad Arratia-Nerbión en el siglo XVIII. Ed Universidad de Deusto, Bilbao. 1990, p 278

[lxxxiii] Para un análisis económico firmemente documentado del proceso, que cuantifica su alcance y realiza estimaciones también cuantificables de sus eventuales consecuencias nos remitimos a Murua Múgica, Juan Ramón; Eguia Peña, Begoña; Malagón Zaldúa, Eduardo y Albiac Murillo, José: "Coste de la no agricultura en el País Vasco". Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Colección Lur N.º 8. Vitoria-Gasteiz 2006.
Accesible on-line en la página:
https://www.euskadi.eus/web01-a2elikal/es/contenidos/noticia/coste_no_agricultura/es_dapa/adjuntos/Coste%20no%20Agricultura.pdf:
"El coste económico de este proceso, se estimaba en el año 2006 entre los 201,3 y los 436,9 millones de euros, considerando: sólo por la pérdida de capacidad productiva agro-ganadera y forestal y abandono de tierras los 163 millones de euros en el escenario moderado y 368 millones en el escenario terminal; con pérdidas de entre 4.400 y 9.100 puestos de trabajo, en su mayor parte (96%) agrarios; a lo que sumaban una factura de mantener suelos y bosques en buenas condiciones (servicios ambientales) de entre 11 y 13 millones anuales, y sin considerar otros costes de más difícil estimación como la repercusión sobre actividades como las ferias y mercados locales, las consecuencias indirectas sobre el turismo rural y el agroturismo

(actividad que supone un montante económico estimado de 7,7 millones de euros anuales por pernoctaciones, más otros 10,5 millones más por gastos conexos inducidos por ellas en hostelería, comercios, gasolineras etc.), u otros intangibles como el deterioro y degradación del patrimonio arquitectónico, la mayor exposición a incendios u otros desastres naturales o la progresiva pérdida de fiestas y tradiciones de raigambre agraria o del know-how agroalimentario.
No obstante, a fin de no resultar alarmistas, es justo reconocer que las pérdidas económicas aquí citadas responden a opciones o decisiones económicas en función de las cuales los propios agricultores deciden o no abandonar la actividad ganadera, pero para dedicarse o para dedicar sus inversiones, a otros sectores, más rentables o por las razones que sean, más convenientes a sus intereses. Por lo cual, es previsible que, junto con las pérdidas estimadas, pudieran también contabilizarse crecimientos notables en otros sectores que compensaran, o no, estas pérdidas, pero que el estudio citado no incluye en su ámbito de análisis".

[lxxxiv] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "El caserío agrícola vasco en proceso de desaparición"; Revista cuatrimestral de geografía, ISSN 0211-0563, Nº 57, 2002, págs. 5-17. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=247522.

[lxxxv] Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdós Urrutia, Rosario: "Reflexiones sobre la desestructuración del Caserío vasco", publicada en "Investigaciones Geográficas" nº 38 (2005) pp. 79.91. ISSN: 0213-4619. Accesible online en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/211/3/Ruiz%20Urrestarazu-Reflexiones%20sobre%20la%20desestructuracion.pdf

[lxxxvi] Obra citada por la ya referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) Sección: 1 de Fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017 Nº de Recurso: 11/2017 Roj: STSJ PV 3208/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3208.

[lxxxvii] Alberdi Collantes, Juan Cruz (2018): "El paisaje atlántico vasco ante la marginalización ganadera: claves para su conservación". Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles, 80, 2605, 1–32. http://dx.doi.org/10.21138/bage.2605, con cita de otros estudios que vienen también a confirmar este proceso. El mismo autor advierte, en cuanto a la metodología de su trabajo, sobre la posibilidad de que, dada la rapidez con la que el proceso de abandono de la actividad agro-ganadera se está materializando, que es previsible que los resultados estadísticos no estén ni siquiera convenientemente actualizados y no sean capaces de detectar cambios a escalas aún más locales, razón por la que acude a metodologías complementarias de estudio de caso en profundidad y entrevistas directas, que escapar a las posibilidades de nuestro estudio.

[lxxxviii] Ainz Ibarrondo, Maria José: "El caserío vasco en el país de las industrias...". op. cit.

[lxxxix] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[xc] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[xci] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[xcii] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[xciii] Alberdi Collantes advierte incluso que la intensidad del abandono agrario se ha acelerado en la última década, citando datos del censo agrario conforme a los cuales en Euskadi desde 1989 a 2009 han desaparecido 10.735 explotaciones de las que cumplen los requisitos del censo, lo que en cifras supone una pérdida del 40% en 20 años, de las que, además, las dos terceras partes se habrían producido en el segundo decenio. Alberdi Collantes, Juan Cruz (2018): "El paisaje atlántico vasco ante la marginalización..." op. cit.

[xciv] Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdós Urrutia, Rosario: "Reflexiones sobre la desestructuración del Caserío..." op. cit.

[xcv] Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdós Urrutia, Rosario: "Reflexiones sobre la desestructuración del Caserío..." op. cit.

[xcvi] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[xcvii] Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdós Urrutia, Rosario: "Reflexiones sobre la desestructuración del Caserío..." op. cit.

[xcviii] Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdós Urrutia, Rosario: "Reflexiones sobre la desestructuración del Caserío..." op. cit.

[xcix] Como señala Alberdi (Alberdi Collantes, Juan Cruz: "El paisaje atlántico vasco ante la marginalización..." op. cit.), los propios ganaderos utilizan la definición "garbitze-alde" o a cambio de su limpieza para referirse a este tipo de arrendamientos en precario, no declarados, por los que habitualmente no se abona cantidad alguna salvo la exigencia de mantenimiento de la heredad a cambio de la posibilidad de aprovechar la misma, generalmente mediante el aprovechamiento del pasto a diente.

[c] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "El paisaje atlántico vasco ante la marginalización..." op. cit.

[ci] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[cii] Ainz Ibarrondo , Maria José: "El caserío vasco en el país de ..." op. cit.

[ciii] Murua et al: "Coste de la no agricultura en el País Vasco".... op. cit. p. 255.

[civ] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) Sección: 1 de Fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017 Nº de Recurso: 11/2017; Roj: STSJ PV 3208/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3208, antes citada: "Todas estas referencias legales, que incluyen expresiones tales como " transmisión familiar del caserío indiviso", "la continuidad de las cada vez más escasas explotaciones agropecuarias", "la continuidad por los jóvenes agricultores de las explotaciones agrarias familiares transmitidas de generación en generación", "las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia que, pertenecientes a distintas generaciones, conviven en el caserío ", apuntan a una noción de caserío considerado como unidad de explotación, integrada por una serie de elementos (vivienda; mobiliario; semovientes; pertenecidos; y una o varias familias que conviven en el caserío, lo gestionan y son garantía de su funcionamiento, viabilidad económica y continuidad), que opera en la producción agrícola y ganadera y su protección, justificada en la continuidad y conservación de dichas unidades de producción agropecuaria, comporta la vigencia de su operatividad".
Ver también Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3ª, de Fecha: 06/07/2016 Nº de Resolución: 272/2016 Nº de Recurso: 178/2016. Roj: SAP BI 1484/2016 - ECLI: ES:APBI:2016:1484: "...La saca tiene como finalidad «la conservación de la raíz en el patrimonio del tronquero, consecuencia de ser la troncalidad una institución básica del Derecho foral vizcaíno, es de naturaleza compleja y está informando toda la estructura de éste, debiendo ser entendida e interpretada en la conjunción armónica de su diversas instituciones, y en su manifestación más directa consiste en la adscripción de determinados bienes raíces a la familia, para la que han encaminado a obtener la mayor estabilidad económica de la familia troncal, por lo que la conservación del bien raíz en el patrimonio familiar, a través de su titular individual, no constituye una imposición legal para el pariente tronquero, sino una libre determinación de éste, y, por tanto, no es dable exigir al tronquero, cuando adquiere la raíz troncal, el propósito de conservarla en su patrimonio, pudiendo trasmitirla en el tiempo y ocasión que mejor le convenga, siempre que, al verificarlo, guarde y respete el derecho de los otros tronqueros» (TSJ País Vasco S 11 Sep. 1992). El derecho surge, por tanto, cuando el bien raíz se transmite, o bien a un extraño a la familia o a un pariente tronquero, pero de línea posterior sin que el que ejerce la saca haya podido tener la opción de adquirirla a través de los llamamientos forales que dispone la ley. El efecto no es otro que declarar la nulidad de la venta efectuada contraviniendo tal obligación, y adjudicar al pariente tronquero la finca raíz por su justa valoración".

[cv] Otra serie de investigaciones, normalmente ligadas a zonas agrícolas en las que la presión urbana es intensa, apuntan intereses especulativos por parte de los propietarios de los terrenos, que ven cómo el mantenimiento del uso agrícola en este tipo de espacios genera un efecto alcista sobre los precios del suelo. Una de las explicaciones que según Aberdi (Alberdi Collantes, Juan Cruz: "El paisaje atlántico vasco ante la marginalización..." op. cit.) se aportaba en las entrevistas para no reforestar con coníferas era, precisamente, la pérdida de valor del suelo que presentaba la parcela.

[cvi] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[cvii] Ainz Ibarrondo, Maria José: "El caserío vasco en el país de ..." op. cit.

[cviii] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "Medio rural y abandono..." op. cit.

[cix] Ruiz Urrestarazu, Eugenio y Galdós Urrutia, Rosario: "Reflexiones sobre la desestructuración del Caserío..." op. cit.

[cx] Código Civil, artículo 1522:
"El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.
Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común".

[cxi] Código Civil, artículo 1523:
"También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.
El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.
Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite".

[cxii] Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, artículo 27. Retracto:
"1. Tendrán el derecho de retracto los propietarios de fincas colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.
2. Si fueren varios colindantes, será preferido el dueño de la finca que con la adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo. Si más de un colindante cumple esta condición tendrá preferencia el dueño de la finca de menor extensión.
3. Cuando ninguna de las fincas colindantes iguale o supere como consecuencia de la adquisición, la unidad mínima de cultivo, será preferido el dueño de la finca de mayor extensión.
4. El plazo para ejercitar este derecho de retracto será el de un año contado desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días contados desde la notificación.
5. El propietario colindante que ejercite el derecho de retracto no podrá enajenar la finca retraída durante el plazo de seis años, a contar desde su adquisición".

[cxiii] Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, artículo 22 Enajenación de la finca arrendada. Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente
1. El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada.
2. En toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto. Al efecto, el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato y, a falta de precio, una estimación del que se considere justo, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 11 y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de esta ley.
El arrendatario tendrá un plazo de 60 días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, y lo notificará al enajenante de modo fehaciente. A falta de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.
Si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador, se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo por las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas, por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.
3. En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario, al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de 60 días hábiles a partir de la notificación.

4. Para inscribir en el Registro de la propiedad los títulos de adquisición ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior.
5. No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes:
a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge.
b) En la permuta de fincas rústicas cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a 10 hectáreas de secano, o una de regadío, los predios que se permutan.
6. Los derechos establecidos en este artículo serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil, que prevalecerá sobre éstos cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.
7. Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos concedidas a diferentes arrendatarios sobre la totalidad de la finca, el tanteo y retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal; si hubiera varios, al que tuviera la condición de agricultor joven, y, de haber más de uno con esta condición, al más antiguo en el arrendamiento.
8. Cuando sean varios los arrendatarios de partes diferentes de una misma finca o explotación, habrá que cumplir las obligaciones de notificación con cada uno de ellos, y el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada. Si alguno de ellos no quisiera ejercitarlo, por su parte, podrá hacerlo cualquiera de los demás, y será preferente el que tuviera la condición de agricultor joven y, en su defecto, o en el caso de ser varios, el más antiguo.
9. En los casos de fincas de las que solo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo, los derechos regulados en los apartados anteriores se entenderán limitados a la superficie arrendada. A tal efecto, el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar, en su caso, la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo.

[cxiv] STS, Sala Primera, de lo Civil, Núm. 623 de 29 de octubre de 1985.

[cxv] Código Civil, artículo 1524
"No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.
El retracto de comuneros excluye el de colindantes".

[cxvi] Código Civil, artículo 396 (la cursiva es nuestra):
"Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elemento de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquéllos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.
Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.
En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.
Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados".
De hecho, la propia Exposición de motivos de la citada Ley de 21 de julio de 1960 confesaba que uno de sus fines era "la expresa eliminación de los derechos de tanteo y retracto, reconocidos, con ciertas peculiaridades, en la hasta ahora vigente redacción del mencionado artículo 396", para lo cual alegaba "el decisivo influjo (que) han ejercido tanto la notoria experiencia

de que actualmente se ha hecho casi cláusula de estilo la exclusión de tales derechos, como el pensamiento de que no se

persigue aquí la concentración de la propiedad de los pisos o locales, sino, por el contrario, su más amplia difusión".

[cxvii] Y ello, sin perjuicio de que como explica Elias Campo Villegas, "La literalidad del párrafo tercero del artículo 396 del Código civil elimina el tanteo y retracto legal, pero en modo alguno prohibe su configuración estatutaria, sino más bien admite que estos derechos pueden ser creados por algún título. «En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto»", lo que permitiría que los caseros, al segregar el caserío con constitución de la propiedad horizonal o lo condueños al redactar o modificar los estatutos de la propiedad horizontal, podrían establecer este retracto estatutariamente, como expresión de su libertad civil o autonomía de la voluntad. Campo Villegas, Elias: "El tanteo y retracto estatutario en la propiedad horizontal"; La Notaría - Boletín (desde 1995) - Núm. 9/1997, Septiembre 1997; Páginas: 227-238.

[cxviii] STS, Sala Primera, de lo Civil 217/2016, 6 de abril de 2016: «únicamente procede estimar la acción de retracto de comuneros cuando recae sobre una cuota o porción de una cosa que sea propiedad pro indiviso de varios comuneros»

[cxix] Sentencia nº 107/2010 de TS de 26 de febrero de 2010; Así también la STS de 29 de octubre de 1985 [j 6] o STS de 14 de noviembre de 1991.

[cxx] En tal sentido, puede resultar un interesante caso de estudio para futuras evaluaciones, al efecto de estudiar el efecto que, esta medida de ampliar el plazo en concreto, ha tenido de cara a incentivar una mayor unificación de fincas rústicas, si se hubiera usado con profusión, o un posible riesgo para la seguridad jurídica de los adquirentes, si dicho ejercicio se hubiera demorado demasiado en el tiempo, obligando a indemnizar las inversiones realizadas por el adquirente o incluso promoviendo su posposición hasta el agotamiento del plazo.

[cxxi] Ya antes mencionada, en relación a los artículos 74 y 75 LDCV y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) Sección: 1 de Fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017

[cxxii] Sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la secular pluriactividad del caserío y el empleo de la institución troncal para el mantenimiento indiviso en el seno del patrimonio familiar de otro tipo de explotaciones protoindustriales.

[cxxiii] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 14.1.: "La servidumbre de paso se adquiere en virtud de título o por prescripción de veinte años"

[cxxiv] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal, sección 1) de fecha: 26/02/2018 Nº de Resolución: 2/2018 Nº de Recurso: 16/2017. Roj: STSJ PV 9/2018 - ECLI: ES:TSJPV:2018:9

[cxxv] Disposición Transitoria 2ª LDCV: " La posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta ley, aprovechará al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción "

[cxxvi] Sentencia de la Audiencia Provincial de Araba (sección 1) de Fecha: 15/06/2016 Nº de Resolución: 209/2016 Nº de Recurso: 240/2016. Roj: SAP VI 392/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:392

[cxxvii] Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de Fecha: 05/07/2016 Nº de Resolución: 198/2016 Nº de Recurso: 81/2016. Roj: SAP BI 1599/2016 - ECLI: ES:APBI:2016:1599; Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de Fecha: 14/09/2016 Nº de Resolución: 234/2016 Nº de Recurso: 128/2016 Roj: SAP BI 1738/2016 - ECLI: ES:APBI:2016:1738; Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 5) de Fecha: 25/10/2017 Nº de Resolución: 264/2017 Nº de Recurso: 119/2017 Roj: SAP BI 1878/2017 - ECLI: ES:APBI:2017:1878

[cxxviii] Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de Fecha: 03/10/2018 Nº de Resolución: 642/2018 Nº de Recurso: 389/2018 Roj: SAP BI 1845/2018 - ECLI: ES:APBI:2018:1845.

[cxxix] Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Artículo 15 .– Derecho de cierre de heredades y servidumbre de paso El propietario tiene el derecho de cerrar la heredad que posee, pero no puede impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo, siempre que no utilicen vehículo alguno. Quien utilice este derecho deberá respetar los cultivos e indemnizar los daños, si los causare".

[cxxx] Concretamente, la ponencia técnica fue remitida el 28 de febrero de 2019 por correo electrónico dirigido a la Comisión de Derecho Civil Vasco, a través de su Secretario, y a cada uno de los grupos parlamentarios representados en el Parlamento vasco, según el propio email enviado a la CDCV.

[cxxxi] La palabra "erromaria", tal y como explica la ponencia, haría referencia en euskera, precisamente, a "la manera de cerrar y dejar paso peatonal sin vehículo, sin molestar ni dañar".

[cxxxii] Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526. Título XXXIV:
"Ley VIII. Como se puede entrar, y passar por las heredades agenas.
Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto en Vizcaya hay mucha copia de heredades cerradas, é mojonadas, y muchos entran, y passan por tales heredades, con intencion de no hacer daño, ni injuria al dueño.
Por ende, que ordenaban, y ordenaron, que qualquier persona pueda ser libre, para entrar, y passar por qualquier heredad que otro haya, é tenga; y esto por su Persona, aunque la tal heredad esté cerrada, ó mojonada: Pero si alguno entrare con carro, ó con bestia errada por heredad agena cerrada, ó mojonada, contra la voluntad del dueño, que pague de pena por cada vez, cien maravedis, la meytad para el dueño de la tal heredad, é la otra meytad, para los reparos de los caminos de aquella comarca, é mas el daño, y el interesse á la parte. Y si alguna Persona entrare en heredad agena, y algun daño hiciere, que pague el tal daño doblado: é si el dueño de la heredad (siendo presente) vedare á qualquier Persona, que no entre por la tal su heredad, y sin embargo de ello contra su voluntad entrare (allende de las otras penas establecidas ell Derecho) pague de pena cien maravedis, repartidos segun dicho es".

[cxxxiii] Se incluyen en concreto estas opciones, en la medida que, cual más cual menos, parecen tener cabida de alguna manera dentro del geérico término "cultivo" al que se refiere el artículo 15 LDCV, si bien parece que un cultivo sería con mayor precisión uno dedicado a la horticultura o a la plantación de cereal u otro tipo de vegetal, que el dedicado simplemente al pasto. No obstante, en la medida en que el pasto sea "cultivado", es decir, plantado o hecho crecer específicamente para su aprovechamiento a diente por el ganado o por medio de siega, entendemos que cubriría también ese supuesto. Si bien, tampoco parece haber grandes discrepancias doctrinales en cuanto a que, aunque no contenga referencia directa ni indirecta al respecto, el artículo, aunque no haya un "cultivo" vegetal propiamente dicho, en buena lógica, debiera entenderse igualmente aplicable en todo caso a los terrenos dedicados exclusivamente a labores ganaderas, independientemente del modo de aprovechamiento, o incluso (quizá hasta con más razón) a terrenos abandonados o desaprovechados en los que la cubierta vegetal resurna naturalmente sin que haya nada "cultivado"; caso este, como veremos, cada vez más habitual, debido al creciente abandono de la actividad agraria y el proceso de acelerada desagrarización del País Vasco.

[cxxxiv] A esto se referiría Goikoetxea al matizar que al redactar el artículo 15 se estaría pensando en terrenos "que no colindan con la casa propiamente dicha".

[cxxxv] También creemos que es en este sentido como debe entederse la referencia de Karrera como límite de este derecho de paso no lucrativo o accidental a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[cxxxvi] SSTS de 17 de noviembre de 2000 o 4 de noviembre de 2002; Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 6ª, Sentencia 666/2009 de 25 jun. 2009, Rec. 64/2009.

[cxxxvii] Fuero nuevo ley XVIII del título 34 Ley XVIII.: "*Pena de los que entran por fuerza en heredad que otro posee. Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que qualquier que entrare en heredad agena, por fuerza del dueño, ó posseedor, que otro tenga, y possea por año, y dia en haz, y faz del tal forzador, que por la tal ossadia (allende de las otras penas establecidas por Fuero, y Derecho) pague, é restituya con el doblo la tal heredad al tal posseedor, y allende de ello pierda qualquier derecho, y accion, que ende havia, ó pretendia*".

[cxxxviii] Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 (Gaceta de Madrid.—Núm. 82 y 83, de 23 y 24 de Marzo 1935 respectivamente) Disposiciones adicionales. Tercera. "La ordenación y disfrute de los bienes comunales de los Municipios de Navarra seguirán atribuidos a la Excma. Diputación foral y provincial, con arreglo a la Ley paccionada de 1841 y concordantes, protección de montes de 24 de Julio de 1928 y 9 de Septiembre de 1931, sin básicos de esta Ley en cuanto sean aplicables. Para aplicación de cuanto queda dicho en el párrafo anterior, el Gobierno establecerá unas bases de acuerdo con la Excma.

Diputación foral y provincial de Navarra. Respecto a los mismos bienes a que se refiere el primer párrafo de esta disposición, conservarán su régimen jurídico actual las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya".

[cxxxix] "El arrendamiento rústico en el Derecho civil vasco (siglos XVI-XIX). Las obligaciones de los contratantes y las consecuencias de su incumplimiento" (Dra. Artiach Camacho, Saioa):
http://www.forulege.com/dokumentuak/El_arrendamiento_rustico_en_el_Derecho_civil_vasco_siglos_XVI-XIX_Las_obligaciones_de_los_contratantes_y%20las_consecuencias_de_su_incumplimiento.pdf

[cxl] Referida a todos aquellos arrendamientos anteriores al Código Civil y la Ley de 15 de marzo de 1935, siempre que, tanto en uno como en otro caso, el actual arrendatario trajera causa del primitivo arrendatario.

[cxli] Exposición de motivos: "En cuanto a los titulares, el artículo 126 extiende el derecho de preferente adquisición a favor del arrendatario cuyo contrato tenga más de cuarenta años de vigencia, con preferencia sobre parientes colaterales. Una de las más arraigadas costumbres es la que permite al arrendatario disfrutar e incluso transmitir su derecho de arrendamiento, otorgando en algunos casos capitulaciones o testamentos en los que designa sucesor. Este derecho es bien conocido entre los tratadistas de nuestro Derecho consuetudinario, aunque no se haya recogido en la Compilación, pero ya el Congreso de Estudios Vascos de Oñate de 1918 solicitaba que se extendiese al arrendatario, con más de cuarenta años de posesión en el arriendo, el derecho de saca foral. La presente ley atiende a esta demanda, tan acorde con las exigencias sociales de hoy".

[cxlii] LDCV artículo 13.– El arrendamiento rústico
"El contrato de arrendamiento rústico posee en la tradición vasca características especiales en cuanto a la estabilidad del arriendo, la transmisión del derecho del arrendatario y otros aspectos que, al margen de las disposiciones de esta ley, justifican que sea regulado en una ley especial".

[cxliii] Para un desarrollo más completo: ARTIACH CAMACHO, S. "Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona". Publicada en Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014.

[cxliv] Sobre este derecho, la Sentencia del TSJPV de 7 de diciembre de 2000 (Roj. STSJ PV 5969/2000) ya señalaba que "la permanencia del derecho de adquisición preferente a lo largo de los sucesivos textos legales, pone de relieve que el mismo tiene una profunda raigambre en nuestro derecho foral, revelándose como una de las manifestaciones de la institución de la troncalidad".

[cxlv] Sobre el concepto de caserío, unidad de explotación, enajenación y adquisición conjunta de las fincas, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de noviembre de 2017 (Roj. STSJ PV 3208/2017) fijando doctrina casacional sobre la expresión "enajenación de un caserío" estimando la demanda y no imponiendo la adquisición de todas las fincas que se pretendieron enajenar por su titular.

[cxlvi] Resulta de interés la precitada Sentencia del TSJPV de 7.12.2000 (Roj. STSJ PV 5969/2000) al tratar sobre la clasificación y uso de los conceptos jurídicos acuñados por la normativa urbanística.

[cxlvii] Así fue estimado en la Sentencia nº 12/2017 del TSJPV de 4 de noviembre de 2017 (Roj. STSJ PV 3208/2017) que ratifica otras sentencias anteriores de 21.01.2005; 2.06.2004; 7.12.2000 y Auto de 12.02.1990.

[cxlviii] La Sentencia nº 12/2017 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de noviembre de 2017 ((Roj. STSJ PV 3208/2017), dice: "La doctrina casacional aplicada al caso enjuiciado, al no haberse enajenado un caserío y no poder, por tanto, aplicarse la excepción a la regla general del artículo 115 LDCFPV, comporta la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la revocación de la sentencia dictada en primera instancia, en tanto que, ejercitado por D. Marcial su derecho de saca foral, consecuente con la transmisión a título oneroso a extraños de bienes troncales sin el previo llamamiento a los parientes tronqueros, e interesando del Juzgado la declaración de nulidad relativa de la compraventa de la finca DIRECION000, por haber infringido su derecho de adquisición preferente, debió éste ser reconocido, acordada la nulidad relativa de la compraventa, así como reconocido el derecho de D. Marcial a que se le adjudique la finca de autos, DIRECION000, por la justa valoración que se determine, estimada la demanda y anulada la transmisión, con los efectos registrales correspondientes, en los términos interesados.

Esa doctrina referida se recoge en el Fundamento de Derecho 4º in fine y dice: "Por todo ello, debemos fijar como doctrina casacional que: Con la expresión "enajenación de un caserío" del art. 115 (LDCFPV) se refiere a la enajenación de una unidad de explotación rural constituida e integrada por un conjunto de elementos afectos a la misma, que la propician y hacen viable y sostenible económicamente".

[cxlix] En el caso de la libertad de testar en el valle de Ayala en Álava, ciertamente son regulaciones del ámbito sucesorio, aunque difícilmente se las puede tildar de "limitaciones a la capacidad de testar", lo que más bien son todo lo contrario: libertades aún mayores que en las del régimen general de Derecho civil vasco.

[cl] Como se ha dicho, así lo especifica actualmente el artículo 96. En Gipuzkoa no existe formalmente en el plano legal un instrumento de protección de la transmisión dentro del ámbito familiar del caserío, cuando la transmisión se produce inter-vivos, más allá de que se instrumentalizase algo similar dentro de las limitaciones que pudieran pactarse libremente entre el causante y el beneficiario del caserío (artículo 181 LDCV: "La designación sucesoria con transmisión de presente del caserío y sus pertenecidos confiere al sucesor la titularidad del mismo con las limitaciones pactadas. *Todo acto de disposición o gravamen requerirá para su validez el consentimiento conjunto de instituyente e instituido*"). Las costumbres que, al menos hasta ahora, han sido legalizadas, se han circunscrito exclusivamente a la transmisión mortis causa, tanto en la Ley 3/1992 (artículo 147 de la Ley 3/1992: "1.- Se reconoce la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa. 2.- Como plasmación y desarrollo de aquéllas, se establecen las siguientes *disposiciones relativas a la transmisión mortis causa del caserío*, que integran el Fuero civil de Gipuzkoa.") como en la LDCV (artículo 96 LDCV. – Ordenación *sucesoria* del caserío "*La ordenación sucesoria del caserío* en el territorio histórico de Gipuzkoa se regirá por las normas de esta ley, acomodándose a las formas, instituciones y principios tradicionales de dicho territorio histórico"). Lo cual no significa que no pudiera existir esa protección con anterioridad en las costumbres guipuzcoanas y e incluso que pueda considerarse su vigencia hoy con valor de uso jurídico, dado, por un lado, el reconocimiento de la vigencia de las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y del patrimonio familiar en Gipuzkoa, en el artículo 147 de la Ley 3/1992 y la vigencia de la costumbre como fuente del Derecho en la LDCV.

[cli] STS de 11 de marzo de 2010: "La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden *limitando su transmisión por actos ínter vivos y mortis causa*. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable *con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes*".

[clii] Institución que ya se reconocía en el artículo 123 del Fuero Civil de Vizcaya contenido en la Ley 3/1992 del Parlamento Vasco, como antes la reconoció el artículo 57 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava o la Ley del Título XVII del Fuero Nuevo de 1526 o el Capítulo 84 del Fuero Viejo de 1452.

[cliii] Sólo sobre la constitución convencional de estos derechos de adquisición preferente, como son el tanteo o el retracto, y aún está, no se encuentra en el índice único notarial desglosada a nivel de provincias o de la Comunidad Autónoma.

[cliv] Ayerbe Iríbar, María Rosa: "Los intentos de regulación del Derecho civil (troncalidad, retorno de dotes y mejora de hijas) en la Guipúzcoa del siglo XVII: La aplicación de la costumbre contra legem", en "Cuestiones varias sobre la costumbre jurídica en el Norte Peninsular" / coord. por Santos M. Coronas González, 2010, ISBN 978-84-8317-769-3, págs. 95-138. En el mismo sentido: Navajas Laporte, Álvaro. "La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipuzcoa...". Op. cit.

[clv] LDCV. Artículo 64.– Los bienes raíces
1.– A efectos de troncalidad son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra.
2.– Los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior tendrán la consideración de raíces, salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia.
3.– No están sujetos al principio de troncalidad los frutos pendientes y las plantas, cuando sean objeto de transmisión separada del suelo, ni los árboles, cuando se enajenen para su tala.

[clvi] LDCV. Artículo 74.– Limitación del derecho en función de la clasificación urbanística
No tendrá lugar el derecho de adquisición preferente en la enajenación de fincas radicantes en suelo urbano o urbanizable sectorizado.

[clvii] LDCV Artículo 75. – Enajenación de varias fincas
Si son varias las fincas que se enajenan, podrá el tronquero ejercitar su derecho respecto de una o varias y no de las demás, pero tratándose de la enajenación de un caserío, habrá de adquirirlo como una unidad de explotación, con todos los pertenecidos que se enajenen, aunque figuren inscritos separadamente en el Registro de la Propiedad.

[clviii] LDCV. Artículo 97. – El caserío
El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos del caserío.

[clix] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) Sección: 1 de Fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017 Nº de Recurso: 11/2017; Roj: STSJ PV 3208/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3208:
"FUNDAMENTOS DE DERECHO (...)
TERCERO.- (...) De la lectura de los antedichos preceptos cabe extraer las siguientes proposiciones:
1.- El legislador fijó en la Ley 3/1992, de 1 de julio, como objetivo fundamental del Fuero la conservación de los caseríos en las zonas rústicas, que asegura y da continuidad en la Ley 5/2015, de 25 de junio, al actualizar las instituciones forales "[...] en la idea de mantener vivo y aprovechar el legado del Derecho tradicional y consuetudinario, pero con la vista puesta en el mundo de hoy [...]" (Exposición de Motivos, I).
2.- Debido a la dificultad de los jóvenes agricultores -cambio de los modos de vida en la sociedad moderna, y la ausencia de una adecuada configuración jurídica de las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia que, pertenecientes a distintas generaciones, conviven en el caserío- para dar continuidad a las escasas explotaciones agrarias familiares transmitidas de generación en generación, el legislador ha adoptado decididas medidas de protección en aras a la conservación del caserío -la transmisión a título gratuito de un caserío ha de hacerse con sus pertenecidos y, salvo disposición en contrario, con el mobiliario, semovientes, maquinaria e instalaciones necesarias para su explotación, que existan en el mismo (art. 26 LDCFPV); cuando se trata de la enajenación de un caserío, el pariente tronquero que ejercita su derecho habrá de adquirirlo como una unidad de explotación, con todos los pertenecidos que se enajenen, aunque figuren inscritos separadamente en el Registro de la Propiedad (art. 115 LDCFPV)-.
3.- Debe entenderse por "caserío" el conjunto formado por la casa destinada a vivienda y cualesquiera otras edificaciones, dependencias, terrenos y ondazilegis anejos a aquélla, así como el mobiliario, semovientes y máquinas afectos a su explotación, si fuere objeto de ésta (art. 151 LDCFPV).
4.- Todas estas referencias legales, que incluyen expresiones tales como "transmisión familiar del caserío indiviso", "la continuidad de las cada vez más escasas explotaciones agropecuarias", "la continuidad por los jóvenes agricultores de las explotaciones agrarias familiares transmitidas de generación en generación", "las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia que, pertenecientes a distintas generaciones, conviven en el caserío ", apuntan a una noción de caserío considerado como unidad de explotación, integrada por una serie de elementos (vivienda; mobiliario; semovientes; pertenecidos; y una o varias familias que conviven en el caserío, lo gestionan y son garantía de su funcionamiento, viabilidad económica y continuidad), que opera en la producción agrícola y ganadera y su protección, justificada en la continuidad y conservación de dichas unidades de producción agropecuaria, comporta la vigencia de su operatividad.
5.- Así lo ha entendido, también, el legislador en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cuando define, en su artículo 12 , "caserío", identificándolo con explotación agrícola o ganadera de carácter familiar que integra diversos elementos, como la casa de labor, los muebles, los semovientes, los derechos de explotación, la maquinaria, las instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes; unidad de explotación que, considerada en su conjunto, no podría tener lugar sin el presupuesto de su material funcionamiento y plena operatividad real o, cuando menos, potencial.
CUARTO. - Acorde con esta idea, el caserío vasco, ha dicho la doctrina: "... es una unidad económica de explotación del terrazgo que comprende la casa, sus propietarios (la familia) y sus propiedades (la tierra y el ganado)" (Etxezarreta M. [1973] "El caserío vasco", Fundación M. de Iturriaga y Dañobeitia, Bilbao. pág. 123).
Y, en el mismo sentido, que: "Con el término castellano caserío (en lengua vasca, baserri) se designa a la vivienda rural diseminada y, a la vez, a la explotación agraria característica de la mayor parte de la vertiente atlántica del País Vasco." (Eugenio Ruiz Urrestarazu y Rosario Galdos Urrutia: "Reflexiones sobre la desestructuración del caserío vasco". pág. 80 Departamento de Geografía, Prehistoria y Arqueología Universidad del País Vasco).
Explotación, de acuerdo con el diccionario de la lengua de la Real Academia Española, es el: "Conjunto de elementos dedicados a una industria o granjería ". La noción de explotación refiere la acción y efecto de explotar, entendida como la de extraer utilidades o riquezas de una industria y a obtener recursos de una fuente. Una explotación agrícola incluye todos aquellos trabajos vinculados a la plantación de vegetales y el tratamiento del suelo. La explotación agrícola, por lo tanto, está compuesta

por las actividades socioeconómicas que permiten obtener riqueza de la tierra. De acuerdo con la definición de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) una explotación agraria es una unidad económica de producción agrícola sometida a una gerencia única. Comprende todo el ganado contenido en ella y toda la tierra dedicada total o parcialmente a la producción agropecuaria, independientemente del tamaño, título o forma jurídica.
La gerencia única puede ser ejercida por una persona; por un hogar; por dos o más personas u hogares conjuntamente; por un clan o una tribu; por una persona jurídica, como una empresa o una colectividad agropecuaria; una cooperativa o un organismo oficial.
También el Decreto del Gobierno Vasco, 84/1993, de 30 de marzo, por el que se crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su artículo 5 , recoge, entre otras, la definición de explotación agraria como el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular o cotitulares para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituya en sí mismo una unidad técnico económica caracterizada generalmente por la utilización de unos mismos medios de producción y una única gestión (apartado 1); formando parte de la explotación agraria: a) Las tierras afectas a la misma, cualquiera que sea su régimen de tenencia, incluyendo las no cultivadas actualmente pero que conservan su vocación agraria y las explotadas como coto privado de caza. b) Los edificios o instalaciones sobre el suelo agrario, aun cuando no estén directamente afectos a la explotación. c) Los derechos de uso y disfrute afectos a la explotación. d) Los aperos, instrumentos y maquinaria agrícola afectos a la explotación, ya sea de forma exclusiva o parcial. e) Los animales y todos los demás bienes y derechos susceptibles de valoración económica afectos a la explotación que pertenezcan al titular de la misma (apartado 1.3.).
Sobre la necesaria vinculación de la casa de labor a la explotación agrícola-ganadera, la Ley del Parlamento Vasco, 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, en su artículo 31 , al regular el otorgamiento de licencias y documentación de actos de construcción y edificación de nueva planta de vivienda vinculada a explotación económica hortícola o ganadera, además de exigir dicha vinculación y que sea empleada como vivienda habitual por el titular y gestor de la explotación económica, debe acreditarse: a) Que la explotación reúne los requisitos mínimos para su viabilidad económica de forma autónoma. b) Que el solicitante está afiliado al régimen especial de la Seguridad Social correspondiente al menos con un año de anterioridad a la fecha de solicitud. c) Que en la última declaración de la renta presentada más del 50% de los ingresos corrientes del solicitante provienen de la explotación de la actividad hortícola o ganadera.
Desde la perspectiva legal y doctrinal expuesta no podría, por tanto, ser considerado como "caserío" el conjunto integrado por una edificación destinada a su uso como vivienda, y por algunos pertenecidos que no constituyen una unidad de explotación, en tanto que, de un lado, como afirmó la parte actora y fue reconocido por Dña. Ángeles en el juicio celebrado en el Juzgado de Primera Instancia, nº 13 de Bilbao (Proc. Ord. 645/2015), " hacía muchos años que no se explotaba ", y, de otro, no consta que dicho conjunto cuente con los elementos esenciales (familia que habite la casa de labranza y gestione la unidad de explotación; mobiliario; maquinaria; semovientes y pertenecidos necesarios para la consecución de sus fines) afectos a la explotación, que la propicien, la hagan viable económicamente y sostenible; y ello con independencia de que pueda ser compatibilizada la explotación del caserío con otras actividades.
Por todo ello, debemos fijar como doctrina casacional que: Con la expresión "enajenación de un caserío" el artículo 155 se refiere a la enajenación de una unidad de explotación rural constituida e integrada por un conjunto de elementos afectos a la misma, que la propician y hacen viable y sostenible económicamente".

[clx] Alberdi Collantes, Juan Cruz: "El caserío agrícola vasco en proceso de desaparición..." op. cit.

[clxi] Según Ainz Ibarrondo "El caserío se limita a vender sólo si el precio es escandalosamente alto y, aun así, suele ser preciso que el propietario tenga algún proyecto a la vista que precise de financiación extra Y, una vez efectuada la primera venta con el fin de atender la rehabilitación del caserío propio, por ejemplo, el propietario retendrá las restantes parcelas en la creencia cierta de que aquí la tierra produce un beneficio muy superior al del capital y mucho más seguro que la de cualquier negocio". Ainz Ibarrondo, Maria Jose: "El caserío vasco en el país de las industrias..." op. cit.

[clxii] Exposición de motivos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco, Preámbulo: "El legislador vasco tiene, por tanto, la tarea de dar forma nueva, adaptar al mundo de hoy, el viejo Derecho Foral, que en Bizkaia y Alava es Derecho escrito y en Gipuzkoa es Derecho consuetudinario, como se ha dicho. Es una labor delicada y que debe desarrollarse con el mayor respeto a la sociedad vasca actual a la que ni se le puede privar de sus instituciones más queridas ni se les deben imponer las que estén carentes de arraigo, porque, si en otras materias la necesidad puede imponer cambios drásticos, el Derecho Civil solamente avanza a través de la aceptación del pueblo y la asimilación general de sus instituciones". En el mismo sentido, Exposición de motivos de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, Apartado I: "...Y todo esto, siempre con la clara 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 comercial

e industrial, y no puede identificarse con la sociedad rural de hace unos siglos a la que la formulación original de aquel derecho respondía".

[clxiii] Uriarte Ayo, J.R. 1990, "Minería y producción siderúrgica en el País Vasco al final del Antiguo Régimen", en "Los espacios rurales cantábricos y su evolución". Universidad de Cantabria. p 266. Ver también "Un análisis de equilibrio de largo plazo sobre las posibles implicaciones de la Normativa económica del Fuero Nuevo de Vizcaya (1526)". Revista de Historia Económica, años VII. Nº1.

[clxiv] Fernandez Pinedo, E. "Crecimiento económico y transformaciones sociales en el País Vasco". 1974. Edo Siglo XXI, Madrid.

[clxv] A mediados de esta década, el producto agrícola bruto en Bizkaia es de 11.500.000 reales y el producto siderúrgico bruto de 15.400.000 reales. En Gipuzkoa la relación equivalía a 13.200.000 y 7.050.000reales respectivamente (Gonzalez Portilla, M. 1987, "La formación de la sociedad capitalista en el País Vasco, p.5. Luis Haramburu Editor, San Sebastian.).

[clxvi] Esto se produce, principalmente, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, debido a la falta de competitividad de los hierros vascos frente a los europeos por causa del atraso tecnológico y la estructura de costes. Y, ya de manera definitiva, a mediados del siglo XIX, debido a la pérdida de las colonias americanas con sus concretas repercusiones en el País, hundimiento de las exportaciones laneras castellanas, crisis final de la siderurgia vasca y, para remate, quiebra de las instituciones forales, cuya versión económica se concretaba en la desaparición de aquella sutil y ventajosa mixtura de proteccionismo y librecambismo que materializara en las aduanas interiores. Los resultados de este cuadro de dificultades, con sus efectos en cadena, desembocaron, una en una sensible variación de los niveles de empleo e ingresos, y el definitivo declive de la industria ferrona, ya sustituida por la siderurgia industrial, con la creación de Altos Hornos (Bilbao, L. M. y Fernandez de Pinedo, E. S/F "La evolución del producto agrícola bruto en Vascongadas, 1530-1850", en Caro Baroja (Dir.) Historia General del País Vasco, vol. IX. La Gran enciclopedia vasca. Luis Haramburu Editor. Bilbao San-Sebastián. p 34).

[clxvii] Valverde, L., "Historia de Guipúzcoa". Ed Txertoa, San Sebastián. 1984. P. 94.

[clxviii] Fuero nuevo de Bizkaia 1526:
"Título Veinte y Quatro. De las Labores, y Edificios.
Ley I. De lo que se ha de hacer, quando un parcionero quiere reparar, y reparare Ferrería, ó Molienda, y otros no.
Primeramente, dixeron: Que havian de Fuero, y eslablecian por Ley, que si muchos parcioneros tuvieren alguna Ferrería, ó Molienda; y la tal Ferrería, ó Molienda se desbaratare, é hiciere algun tiempo assi esbaratada, sin moler, ni labrar; y alguno, ó algunos parcioneros quisieren, que se repare, y muela, y labre, y los otros parcioneros no quisieren: Que en tal caso ordenaban, y ordenaron, que el tal parcionero, que quisiere reparar, requiera por ante Escribano público á los otros parcioneros á que vengan á lo reparar: Y si assi requeridos, no lo quisieren hacer, el tal parcionero, que assi requiere, pueda reparar la tal Herrería, ó Molienda, y hacer que labre, y muela; y assi reparado, la haya, y tenga, sin que le entren en ella los otros parcioneros, que no quisieren poner la costa de su parte y lleve la renta, y frutos de ella, sin desquento alguno, ni compensación del precio, y cantidad que puso en el tal reparo, hasta que le paguen lo que ende puso, cada parcionero su rata; y pagándosela, les dé corriente, y moliente.
(...)
Ley V. Cómo se han de echar las bidigazas, y poner abehurreas en las heredades de Parcioneros.
Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto acaece, que un suelo, ó heredad, do se puede hacer, y edificar ferrería, molienda, ó presa, es de muchos parcioneros; y alguno de ellos para ganar contra los otros el agua, y el derecho de edificar echa sus bidigazas, y pone sus abehurreas en los lugares de la presa, y ferrería, sin los otros parcioneros, sobre lo qual entre ellos recrecen debates. Por ende, por los quitar de Pleytos, y contiendas, dixeron: Que ordenaban, y ordenaron, que el parcionero que assi quisiere con las dichas diligencias ganar el agua, notifique por ante Escrivano público á todos los parcioneros de la heredad, Ó heredades, do han de estar sitas presa; ó ferrería, ó molienda en persona, como quiere ende edificar, y tiene echada, y puesta su bidigaza, y abehurrea. Y si del dia que assi notificare, dentro de treinta dias no se le opusieren, ó contradixeren los parcioneros, ó alguno de ellos, pueda hacer su labor sin contradicion alguna de los otros; aunque digan, y aleguen, que quieren hacer su parte: con que les pague á los otros parcioneros el precio de tal heredad, que les cupiere doblado á exámen de tres homes bueno en dinero.
Pero si dentro de los dichos treinta dias, le hicieren contradicion, qualquier parcionero, ó parcioneros, o que assi le contradixere, haya cada uno de ellos (segun heredare el suelo) la su rata parte en aquella obra, y labor, y hagan todos la obra, y el edificio, luego como se concertaren:

Y sino se pudieren concertar del tiempo en que han de comenzar, parezca ante el Juez, y él les dé término de quatro meses; y si dentro del dicho término alguno de ellos no quisiere edificar, que los otros puedan edificar para sí, y pagar al tal que no quiere edificar el precio doblado de la parte, que há en el tal suelo, á exámen de homes buenos; y lo mesmo se entienda en los molinos, que se edifican en las mareas; y el suelo, dó ha de estar el cuerpo de la ferrería, ó molienda, haya la meytad; y el suelo, dó ha de estár la presa, la otra meytad: y si las orillas de la presa fueren de dos, ó mas haya cada uno orilla su cuarto.
Pero, por haver parte entre las heredades de la presa, y la casa, dó ha de estar la ferrería, ó molienda, ó en las heredade de entre el cuerpo de la casa, y la madre del rio principal á la parte de abaxo, para passar el agua por los calzes, no hayan parte en el edificio, y la labor, ni puedan vedar de passar el agua por las tales heredades desde la presa, hasta el rio, pagando al dueño de la tal heredad el precio doblado, á exámen de tres hombres.
Y lo que es dicho de suso en los Vizcaynos, y personas privadas, lo mesmo sea si en los tales suelos, heredades fueren parcioneros Iglesia, ó el Señor.

[clxix] Fuero Nuevo de Bizkaia 1526:
Titulo Diez y Siete. De las Vendidas.
Ley IV. Que las ventas sean válidas, y no se deshagan, sino fuere de consentimiento de las partes, y que el profinco tome todos los bienes que se vendieren.
Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley; que dados los dichos llamamientos, y prestadas las dichas Fianzas, segun dicho es, el tal vendedor al profinco, ó el profinco al vendedor, no haya lugar arrepentimiento por la una parte, ni por la otra, sino que cada uno sea obligado á la compra, y venta en lo que le atañe; eceto sino concurriere el consentimiento de ambas las parle. Y si acaeciere, que alguno quiera vender todos sus bienes, y hace llamamiento á una, ó dos, ó mas heredades, y acude algun profinco, y dice, que quiere no todos los bienes que assi se vendan, salvo, alguna, ó algunas heredades, ó parte de ellas: Y porque si éste escoge, el tal profinco luviera, seria perjuicio al vendedor; porque acaeceria, que los bienes restantes no los pudiesse tambien vender por sí, como todos juntos. Por ende dixeron: Que ordenaban, que el tal profinco, ni su oposicion, ni compra no fuessen admitidos, salvo si quisiere todos los dichos bienes.
Ley VI. Que sino se vendieren los bienes con la solemnidad de las Leyes de este Titulo, no valga la venta en perjuicio de los parientes.
Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley; que si acaeciere que algun Vizcano vende bienes rayzes algunos de Vizcaya, sin dar primero los dichos llamamientos en la Ante-Iglesia; que en tal caso, los Hijos, ó Parientes mas profincos de aquella linea, puedan sacar los tales bienes. Y si acudieren despues de passado año, y dia, no sea oydo, ni admitido, salvo con juramento, y solemnidad que haga, que no supo de la dicha venta; ca en tal caso, aunque acuda despues dentro de tres años de el dia de la tal venta sea admitido, segun, y de la forma que de suso está dicho, y declarado, en caso que haya llamamiento.
Ley VII. Que quando se venden bienes pro indiviso, no se escuse el Comprador de pagar.
Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto acaece que la tal heredad, que se pone assi en venta, y se dan llamamientos, es comun assi del vendedor, como de otro, y recudiendo el profinco, y oponiéndose á la dicha venta, y dandose él, y el vendedor las dichas Fianzas, el profinco se escusa de hacer la paga, hasta en tanto que el Vendedor parta, y divida con los otros comuneros, y consortes: Lo qual era en perjuicio del Vendedor (pues yá dió, y prestó Fiadores de saneamiento de la qüota parte que vende) por ende, establecían por Ley, que siendo dadas las dichas Fianzas el uno al otro (segun de suso está declarado) no se pueda escusar el Comprador de hacer la paga en los dichos tercios, aunque no se haga la dicha división."

[clxx] LDCV. Artículo 64. – Los bienes raíces 1. – A efectos de troncalidad son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra.

[clxxi] Como nos cuenta Luis Elícegui ("Gipuzkoa ante la nueva Ley", Elicegui Mendizabal, Luis , http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/81.pdf; la cursiva es nuestra):
"En la fase final de la tramitación del proyecto, en la medida en que se fue conociendo, la regulación había suscitado vivo interés en algunos sectores que hasta el momento se habían mantenido al margen (pequeño comercio, abogados que asesoraban a ese comercio y a las numerosas PYMES empresas familiares) que consideraban que esos mecanismos debían extenderse a otros supuestos.
Los abogados hacían también referencia a los problemas suscitados en casos de sucesión cuando el patrimonio se reduce al piso único, como cuestión nueva a partir del acceso generalizado a la propiedad de la vivienda familiar en que viven los padres.
Como he apuntado, en ese momento se veía con claridad que afrontar una regulación con esa nueva dimensión retrasaría la iniciativa sin plazo, por lo que con el mismo criterio de prudencia que había inspirado la Ley de 1992 -como actuación concreta

para llenar el hueco evidente en la Ley y colocar a Gipuzkoa en la misma situación que el resto de los territorios históricos–, se resolvió continuar con la iniciativa, conscientes de sus limitaciones. [...]
En cuanto se aprobó y publicó la Ley, arreciaron las demandas de sectores profesionales interesados en poder utilizar, en otros muchos supuestos, los instrumentos que se ponían únicamente a disposición de los titulares de un caserío. Los argumentos que se aducían eran en definitiva: 1. Que esos instrumentos históricamente se habían utilizado en la transmisión del caserío, pero también en la transmisión de ferrerías, molinos, artes de pesca, etc. 2. Que en el proceso de industrialización habido con posterioridad en Gipuzkoa, bien se podía considerar a las empresas familiares actuales como asimiladas a aquellas ferrerías y molinos. 3. Que la utilidad de esos instrumentos en la transmisión de todo tipo de empresas familiares es más que evidente, pues muchas terminan por cerrarse por problemas de herencias o inadecuada sucesión. Y 4. Que otra situación asimilable que demandaba una rápida solución, era la de la transmisión de la vivienda en los casos en que constituye el único patrimonio familiar, cuando uno de los hijos (sobre todo casado) convive con los padres titulares de la misma. Esos argumentos coincidían con los criterios que guiaban los trabajos que se venían desarrollando en el seno de la RSBAP, en ese momento y a nivel de toda la Comunidad Autónoma, para el nuevo desarrollo del anteproyecto de ley de Derecho Civil Vasco.
Entiendo que el anteproyecto que estudiamos trata de dar respuesta a esas necesidades, siendo la más demandada la de la sucesión en empresas familiares. [...]".

[clxxii] Maseda García, Amaia; Iturralde Jainaga, Txomin; Arosa de la Torre, Blanca; Rodríguez Castellanos, Arturo y Saíz Santos, Maria (2009): "Situación de la Empresa Familiar en el Territorio Histórico de Bizkaia". Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. En un sentido similar también podemos citar el "La empresa familiar en el País Vasco" elaborado en 2008 por la empresa consultora Ikei para las Cámaras de Comercio Vascas Eusko-Ganberak. Ambos son accesibles online en: https://www.ehu.eus/es/web/catedra-empresa-familiar/egoera-ikerlanak

[clxxiii] Al objeto de esta investigación, se considera familiar a aquella empresa para la que se pueda establecer que una o más familias poseen un porcentaje de propiedad que les permite ejercer el control de la misma, y a su vez participan de forma activa en los órganos de gobierno y de gestión de dicha empresa, mediante la presencia de miembros familiares en el Consejo de administración y en la dirección del negocio. Se considera que el control del negocio en empresas de cierta dimensión puede ejercerse con un mínimo del 20% de participación en el capital de la sociedad.

[clxxiv] Klerk, Eugene; Kersley, Richard y O'Sullivan, Michael (2018): "The CS Family 1000 in 2018", Credit Suisse AG Research Institute. Accesible online en: https://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/publications/research-institute/the-cs-family-1000-in-2018-en.pdf
El Credit Suisse Research Institute es el centro de estudios interno de Credit Suisse. El Instituto se estableció a raíz de la crisis financiera de 2008 con el objetivo de estudiar los desarrollos económicos a largo plazo, que tienen, o prometen tener, un impacto global dentro y más allá del sector de servicios financieros. El informe CS Family 1000 que analiza datos comparados sobre una base de datos de 1.015 empresas familiares, se publicó en septiembre de 2018, siendo la de 2018, que confirma las conclusiones del de 2017, la segunda edición.
Conforme a dichos informes de 2017 y 2018, las empresas familiares (definidas, al igual que en el caso del estudio de la Universidad del País Vasco, como aquellas donde los fundadores o sus descendientes poseen al menos el 20% en acciones directas o donde los derechos de voto de los fundadores o descendientes son al menos del 20%), al menos desde 2006 al momento actual, generaron un crecimiento más fuerte y rápido que sus pares no familiares. Además de un mayor crecimiento de los ingresos, el informe encuentra que en todas las regiones analizadas (tanto en Europa como en Asia y Estados Unidos), las empresas familiares o de propiedad de los fundadores también generan una mejor rentabilidad. A ello se suma que los balances de las empresas familiares suelen ser más conservadores y estar menos apalancados, dada una inherente aversión al riesgo. Esto, por supuesto, esto proporcionó cierto grado de aislamiento con respecto a la crisis financiera de 2008, pero incluso durante la crisis las empresas familiares también demostraron ser capaces de reducir el apalancamiento mucho más rápidamente durante los primeros años posteriores a la crisis. Además, la combinación de un mejor crecimiento de los ingresos brutos, márgenes más altos y una menor dependencia de la financiación externa para este crecimiento hace que las empresas familiares generen mejores rendimientos de flujo de caja. Lo que claramente sienta las bases para un desempeño financiero general superior, que a su vez respalda también una fuerte apreciación del precio de las acciones. Es decir, la rentabilidad superior, estructura financiera conservadora y solvencia crediticia se han recompensado normalmente con una valoración de las acciones más alta.
Como razón de estas ventajas y mejor desempeño, el instituto suizo alude al horizonte temporal más largo que adoptan las empresas familiares en su toma de decisiones, con una mejor consideración de factores medioambientales, sociales y de gobierno corporativo en la toma de decisiones y un mayor enfoque en I + D, todo lo cual parece ser corroborados por sus datos.

Los datos sugieren que las empresas familiares en todas las regiones clave gastan más que su depreciación anual en gastos de capital y que esta proporción también es más alta que el gasto de las empresas no familiares. Muestran también un mayor crecimiento de la inversión bruta, gastan una mayor parte de sus ingresos en I + D y tienen más probabilidades de reinvertir los flujos de efectivo generados internamente en sus operaciones en lugar de utilizar efectivo para recompras o dividendos, todo lo cual serían claros indicadores de un mayor enfoque en el desarrollo a largo plazo, que parece ser clave.

[clxxv] El estudio afirma que: "Según las estadísticas disponibles, se puede llegar a afirmar que, de cada 100 empresas familiares de primera generación, sólo 30 llegan a la segunda generación manteniendo su carácter familiar; y a la tercera, apenas un 10% de las mismas", con las consecuencias que ello conlleva con relación a la pérdida de puestos de trabajo y de la generación de riqueza. Y ello, a pesar de que, según los datos de las empresas encuestadas en el estudio, la intención de continuar con el negocio familiar está presente en más del 90% de los casos. Así mismo, Álvarez Rubio afirma que debido a estos problemas, ya en 2011 se calculaba, por parte del Observatorio Europeo de las PYMES que en los siguientes tres años cerrarían en Europa un millón y medio de empresas familiares, y se perderían aproximadamente seis millones de empleos, por la escasa preparación del relevo generacional. Se afirmaba así que sólo el 15% de estas compañías logra pasar la barrera de la segunda generación, y sólo el 3% consigue llegar a la tercera. Alvarez Rubio, Juan Jose: "El futuro del Derecho Foral Vasco: la necesaria modernización de nuestro ordenamiento privado". Accesible on-line en la página: http://www.forulege.com/default.cfm?atala=bloga_ikusi&id=1050&hizkuntza=1

[clxxvi] "Estudio sobre la situación de la empresa familiar en Euskadi"; Cámara de comercio de Bizkaia, 2006. Accesible on-line en la página:
http://www.camarabilbao.com/ccb/empresa_familiar/documentacion/estudio_sobre_la_situacion_de_la_empresa_familiar_en_euskadi/contenidos/5038993/4277791

[clxxvii] Seguimos en este punto las explicaciones de Juárez González, Javier Máximo (2019): "El protocolo familiar: valor jurídico. Su necesaria coordinación con los estatutos". Accesible online en:
https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/el-protocolo-familiar/

[clxxviii] Como complemento a la posibilidad de dar publicidad a los protocolos familiares, se modificaro también determinados artículos del Reglamento del Registro Mercantil, como los artículos 114.4 y 175.2, aplicables respectivamente a sociedades anónimas y limitadas, especificando cuáles pueden ser los pactos que, sin oponerse a las leyes y sin contradecir los principios configuradores de las sociedades anónimas y limitadas, se pueden incluir en la escritura y reflejar en la inscripción.

[clxxix] Artículo 530 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Pactos parasociales en sociedad cotizada"):
"1. A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas.
2. Lo dispuesto en este título se aplicará también a los supuestos de pactos que con el mismo objeto se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una sociedad anónima cotizada".

[clxxx] Artículo 28 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Autonomía de la voluntad): "En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido".

[clxxxi] De acuerdo al artículo 1257 del Código Civil sólo produce efectos entre las partes que lo suscriben y sus herederos.

[clxxxii] En el ámbito mercantil se remarca dicha proyección interna al decir el artículo 29 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio: "Pactos reservados. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad."

[clxxxiii] Junto a estas restricciones y derechos de adquisición preferente podemos también encontrar, entre otros, pactos relativos al régimen de adquisición y transmisión de las acciones y participaciones sociales, instituciones como el derecho de rescate,

el derecho de arrastre o «Drag Along» o derecho de acompañamiento o «Tag Along», todas ellas de gran interés para la protección de los intereses tanto del socio mayoritario como de los socios minoritarios en PYMEs y Start-ups, de carácter familiar o no.

[clxxxiv] Artículo 107 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Régimen de la transmisión voluntaria por actos inter vivos"):
"1. Salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta ley.
2. A falta de regulación estatutaria, la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos se regirá por las siguientes reglas:
a) El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.
b) La transmisión quedará sometida al consentimiento de la sociedad, que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la ley.
c) La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.
Cuando no sea posible comunicar la identidad de uno o varios socios o terceros adquirentes de la totalidad de las participaciones, la junta general podrá acordar que sea la propia sociedad la que adquiera las participaciones que ningún socio o tercero aceptado por la Junta quiera adquirir, conforme a lo establecido en el artículo 140.
d) El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.
En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.
En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real de las participaciones el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el registrador mercantil.
e) El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.
f) El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.
3. En los estatutos no podrá atribuirse al auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor que tuviera que determinarse a los efectos de su transmisión".

[clxxxv] Artículo 110 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Régimen de la transmisión mortis causa"):
"1. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en esta ley para los casos de separación de socios y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria".

[clxxxvi] Artículo 120 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Transmisión de acciones"):
"1. Mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales.
Tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas.
2. Una vez impresos y entregados los títulos, la transmisión de las acciones al portador se sujetará a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio.
Las acciones nominativas también podrán transmitirse mediante endoso, en cuyo caso serán de aplicación, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del título, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque. La transmisión habrá de acreditarse frente a la sociedad mediante la exhibición del título. Los administradores, una vez comprobada la regularidad de la cadena de endosos, inscribirán la transmisión en el libro-registro de acciones nominativas".

[clxxxvii] Artículo 123 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Restricciones a la libre transmisibilidad"):
"1. Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos.
Cuando las limitaciones se establezcan a través de modificación estatutaria, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses a contar desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.
2. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.
3. La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla.
Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad. En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida".

[clxxxviii] Artículo 124 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio ("Transmisiones mortis causa"):
1. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos.
2. En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto para la adquisición derivativa de acciones propias en el artículo 146.

[clxxxix] Párrafo segundo del artículo 1056 del Codigo Civil (la cursiva es nuestra): «El testador que *en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas* podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.»

[cxc] Véanse, por ejemplo, las referencias a "la ley" y, más concretamente, al "Derecho común", contenidas, respectivamente, en los artículos 112 y 121 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (la cursiva es nuestra):
Artículo 112 Ineficacia de las transmisiones con infracción de ley o de los estatutos
Las transmisiones de participaciones sociales *que no se ajusten a lo previsto en la ley* o, en su caso, a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad.

Artículo 121 Constitución de derechos reales limitados sobre las acciones

1. La constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procederá *de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho común*.

2. Tratándose de acciones nominativas, la constitución de derechos reales podrá efectuarse por medio de endoso acompañado, según los casos, de la cláusula valor en garantía o valor en usufructo o de cualquier otra equivalente.

La inscripción en el libro-registro de acciones nominativas tendrá lugar de conformidad con lo establecido para la transmisión en el artículo anterior.

En el caso de que los títulos sobre los que recae su derecho no hayan sido impresos y entregados, el acreedor pignoraticio y el usufructuario tendrán derecho a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro-registro de acciones nominativas.

[cxcii] Artículo 64.2 de la LDCV ("Los bienes raíces"): "Los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior tendrán la consideración de raíces, salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia".

[cxciii] Artículo 64.3 de la LDCV ("Los bienes raíces"): "No están sujetos al principio de troncalidad los frutos pendientes y las plantas, cuando sean objeto de transmisión separada del suelo, ni los árboles, cuando se enajenen para su tala".

[cxciv] Artículo 64.1 de la LDCV ("Los bienes raíces"): "1. A efectos de troncalidad son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra".

[cxcv] Artículo 63.1 de la LDCV ("Bienes troncales y parentesco troncal"): "El parentesco troncal se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio".

[cxcvi] Pues no debemos olvidar que el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía reconoce expresamente al País Vasco la competencia para la "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*".

[cxcvii] Como decía aquella exposición de motivos de aquella Ley: "La novedad, ... en el aspecto real se hace una definición de los bienes raíces, que se acomoda más a la naturaleza de la troncalidad que la enumeración del artículo 334 del Código Civil, utilizada por la Compilación".

[cxcviii] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal) Sección: 1 de Fecha: 04/11/2017 Nº de Resolución: 12/2017 Nº de Recurso: 11/2017; Roj: STSJ PV 3208/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:3208

[cxcix] Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de Fecha: 18/01/2018 Nº de Resolución: 2/2018 Nº de Recurso: 3328/2014 Roj: SAP SS 87/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:87

[cc] Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 5, de Fecha: 27/10/2016 Nº de Resolución: 285/2016 Nº de Recurso: 213/2016 Roj: SAP BI 2015/2016 - ECLI: ES:APBI:2016:2015

[cci] Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de Fecha: 16/07/2018 Nº de Resolución: 386/2018 Nº de Recurso: 2220/2018; Roj: SAP SS 798/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:798

[ccii] Sin embargo, en estos casos no aplican las leyes 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores y 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, a las que luego haremos referencia. Y ello, porque, además de haber transcurrido como mínimo 3 meses desde la celebración del matrimonio, la presencia de un abogado y de que el divorcio sea de mutuo acuerdo, el Código Civil, tras su reforma en 2015, exige también expresamente que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de los progenitores y que la mujer no esté embarazada. En caso contrario, el conocimiento y tramitación del procedimiento de divorcio, aun cuando sea de mutuo acuerdo entre los cónyuges, está reservado al órgano judicial. Es más, es incluso necesario el consentimiento de los hijos mayores de edad, ya que en caso que no hubiera tal consentimiento, también habría de acudirse al juzgado para realizar el trámite.

[cciii] LDCFPV: "Artículo 94.- A falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio".

[cciv] Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOCE L183 de 8 de julio de 2016), y el Reglamento 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOCE L183 de 8 de julio de 2016)

[ccv] Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOCE L183 de 8 de julio de 2016), y el Reglamento 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOCE L183 de 8 de julio de 2016).

[ccvi] Reglamento 2016/1103, del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales: "Artículo 20 Aplicación universal La ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro".

[ccvii] Esa equiparación entre las parejas de hecho inscritas y las casadas en las normas legales y reglamentarias (Disposición Adicional Primera LPH) buscada por la ley vasca, ha sido invocada también en el ámbito privado, concretamente, en la jurisdicción social y ha sido abordada, entre otras, en la Sentencia de 10 de enero de 2017, dictada por la Sala de lo Social del TSJPV (Roj. STSJ PV 46/2017), en la que ante un convenio colectivo de empresa –Electrotécnica Arteche Hnos, S.L.-, planteada una reclamación que pretendía hacer extensivos en la empresa una serie de permisos reservados por convenio al matrimonio, también, a las parejas de hecho, la Sala deniega la petición y resuelve que debe prevalecer lo pactado expresamente en el convenio frente a otro tipo de previsiones "sin que resulte vulneradora del principio de igualdad de trato ni discriminatoria, atendida la doctrina constitucional (…), la voluntad consensuada de los firmantes del convenio de contemplar una licencia retribuida y una gratificación económica exclusivamente para quienes, perteneciendo a la plantilla de la empresa, contraigan matrimonio". También en el ámbito fiscal, se ha llegado a plantear ante los Tribunales si la equiparación fiscal de las parejas de hecho inscritas y las casadas recogida en el articulo 10 LPH resulta o no discriminatoria al dejar fuera y no poder acogerse a determinados beneficios fiscales a las parejas de hecho no inscritas. Esta cuestión ha quedado resuelta por la Sentencia del TSJPV (sala de los contencioso-administrativo) de 21 de septiembre de 2016 (Roj. STSJ PV 2922/2016) que: "(…) partiendo de lo dispuesto en el art. 3.1. LPH como en el art. 10 LPH ha de concluirse que la propia LPH exige la necesidad de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, que tiene carácter constitutivo, para que la pareja se encuentre en el ámbito de aplicación de dicha ley", y analizada la dicción literal de la norma tributaria controvertida junto con la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional recensionada en la resolución sobre la naturaleza jurídica de los beneficios fiscales concluye que no aprecia que concurra discriminación alguna.

[ccviii] En lo que respecta a la naturaleza de las cuestiones litigiosas suscitadas, llama la atención que la mayoría de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV hayan estado relacionadas con órdenes de expulsión, seguidos de asuntos tributarios, mientras que en el caso de la Sala de lo social del TSJPV todos los casos, salvo uno, han estado centrados en el derecho a la prestación de la pensión de viudedad. En el caso de las Audiencias Provinciales de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba, los recursos interpuestos han tenido por objeto la liquidación de los bienes de la pareja de hecho o solicitudes de compensación económica de un miembro de la pareja frente al otro.

[ccix] Pues, incluida la limitación ya advertida sobre la posibilidad de que existan parejas con doble nacionalidad, aproximadamente, en unos 273 casos el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV considera que no dispone, actualmente, de datos sólidos que permitan determinar, de forma fehaciente, la nacionalidad de ambas personas integrantes de la pareja.

[ccx] De otro lado, destaca el hecho de que de las parejas que optaron por el régimen de comunicación foral de bienes, prácticamente todas residían en el Territorio Histórico de Bizkaia (la pareja restante en el Territorio Histórico de Araba/Álava). A juicio de los encargados del Registro de Parejas de Hecho, dicha situación puede tener su explicación en los antecedentes jurídicos más inmediatos del sistema de la comunicación foral de bienes, y que tenía su reflejo en la Ley 3/1992, la cual vinculaba dicha institución, desde el punto de vista territorial, a los Territorios Históricos de Bizkaia –en particular, a los municipios comprendidos dentro del territorio denominado de Infanzonado o Tierra Llana– y de Araba/Álava, y, en especial, en este último caso, a los municipios de Llodio y Aramaio, en los que regía el Fuero de Bizkaia en su integridad, esto es, tanto las previsiones en materia de sucesiones contenidas en el mismo como las relativas al régimen de bienes en el matrimonio.

[ccxi] Se ha citado en las aportaciones de los vocales, en este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013 (en relación a un caso del Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, Sevilla), señalado que, al no trascender respecto de terceros, un bien titularidad de los convivientes no puede inscribirse como integrante de una comunidad económico convivencial de una pareja de hecho.

[ccxii] Este argumento incluso recibió en Primera Instancia el visto bueno del Juzgado de Primera Instancia Nª9 de Bilbao, sentencia de 26 de Julio de 2.016, considerando que por motivos de orden público no puede admitirse una especie de "matrimonio parcial" (sic).

[ccxiii] No obstante, incluso con anterioridad a la sentencia, el nuevo Registrador de la propiedad de Santurce cambió el criterio mantenido por su predecesora, sin que, desde entonces, que sepamos, en sede judicial se hayan vuelto a plantear dudas sobre la aplicabilidad de uno u otro régimen a las parejas de hecho.

[ccxiv] Es más, hay, al menos, un caso en que la persona titular del Registro Bilbao 6 suspendió la inscripción por solicitar la inscripción por mitades indivisas cuando la pareja estaba sometida al régimen de gananciales. Ante ello el notario de Bilbao recurrió a la Dirección General, motivando la resolución de 11 de junio de 2018, en la cual estiman el recurso y ordenan la inscripción por mitades indivisas negando virtualidad al pacto inscrito en el Registro de parejas de hecho.

[ccxv] Así ha sido interpretado por los Tribunales, entre otras, por la Sentencia de 28 de septiembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Álava (Roj. SAP VI 504/2016), que analiza el caso de una pareja de hecho que había pactado someter sus relaciones económico-patrimoniales al régimen de separación de bienes, pacto que no incluía ninguna otra previsión, ni había adhesión alguna a las cláusulas generales, y que producida la ruptura uno reclamaba al otro una indemnización; la Sala desestima la pretensión en base a que: "se estableció un pacto expreso donde (…) ni se establece ninguna compensación en caso de disolución de la pareja" por lo que "debemos entender que realmente se quiso mantener la absoluta propiedad particular de cada uno de los bienes, sin compensación para el caso de ruptura", no pudiendo prosperar la pretensión de la recurrente de recibir una compensación porque "como expresa la STS 1ª de 17-03-2003, el enriquecimiento injusto o sin causa no entra en juego cuando hay un vínculo contractual que delimita las respectivas obligaciones de las partes".

[ccxvi] El Tribunal en la sentencia comentada recuerda que los miembros de la pareja de hecho no necesitan procedimiento judicial alguno para extinguir su unión, pero añade que mientras no insten la cancelación en el registro "no puede considerarse extinguida la pareja de hecho (…) dado que las partes no han encauzado la extinción ante el Registro de Parejas de Hecho. La pareja de hecho se extingue jurídicamente con singular incidencia en relación a terceros con la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho". Añade igualmente que, a tal efecto, no puede ser invocable la Sentencia judicial dictada en el procedimiento de relaciones paterno-filiales, ya que ésta sólo regula las relaciones entre los progenitores y los hijos e hijas menores, pero debemos entender que no entre los miembros de la pareja.

[ccxvii] Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas: "Artículo 20 Aplicación universal. La ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro".

[ccxviii] Además, debe advertirse que, desde la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, además de ante los tribunales, los divorcios de mutuo acuerdo sin hijos menores también pueden tramitarse por la vía notarial. La estadística notarial confirma que en el año 2017 de tramitaron 199 escrituras de separación o divorcio notarial, 58 más que en 2016. Sin

embargo, estos casos (al no afectar a descendientes) quedan fuera del ámbito de la ley 7/2015 y en consecuencia del análisis objeto del presente informe.

[ccxix] La mayor parte de las derivaciones de Araban corresponden a los juzgados de Vitoria-Gasteiz; y, de las derivaciones de Bizkaia, la mayor parte pertenecen a juzgados de primera instancia de Familia de Bilbao y al Juzgado de Familia de Barakaldo y en Gipuzkoa, la mayor parte de las derivaciones se concentran en los juzgados de Donostia.

[ccxx] Tal y como reconocen, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 28 de febrero de 2018 (Roj, SAP BI 370/2018), la Sentencia de la Audiencia de Gipuzkoa de 17 de abril de 2018 (Roj. SAP SS 326/2018), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 21 de noviembre de 2018 (Roj. SAP VI 1136/2018)

[ccxxi] Tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 26 de julio de 2017 (Roj. SAP VI 525/2017).

[ccxxii] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 14 de marzo de 2016 (Roj. SAP BI 486/2016) reconoce "(...) que no es la conflictividad una razón suficiente para denegar una guarda y custodia compartida, deben concurrir otros motivos que juntamente con ella aconsejen no acordarla".

[ccxxiii] Tal y como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 2 de mayo de 2018 (Roj. SAP VI 405/2018).

[ccxxiv] Consolidada a partir de su Sentencia 257/2013, de 29 de abril, (Roj. STS 2246/2013) tal y como tiene señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 27 de diciembre de 2017 (Roj. SAP BI 2505/2017).

[ccxxv] Por todas, Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 27 de diciembre de 2017 (Roj. SAP BI 2505/2017).

[ccxxvi] Tal y como señala, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 18 de octubre de 2018 (Roj. SAP SS 1098/2018).

[ccxxvii] Tal y como reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 21 de junio de 2017 (Roj. SAP VI 453/2017) para la que "la opinión de la menor de 16 años se presenta como un argumento de peso" habida cuenta de que "puede resultar contraproducente la imposición de una convivencia con su progenitor y provocar el deterioro del vínculo existente entre ellos en la actualidad".

[ccxxviii] Tal y como reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 20 de octubre de 2016 (Roj. SAP VI 614/2016) "por la capacitación, experiencia, objetividad e imparcialidad que caracterizan la actuación de tal equipo".

[ccxxix] Como así confirman, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de diciembre de 2018 (Roj. SAP BI 2243/2018), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 12 de noviembre de 2018 (SAP SS 1363/2018).

[ccxxx] En opinión, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 21 de septiembre de 2018 (Roj. SAP VI 1154/2018).

[ccxxxi] Tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 19 de diciembre de 2018 (Roj. SAP BI 2243/2018).

[ccxxxii] Tal y como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 28 de diciembre de 2018 (Roj. SAP 2262/2018).

[ccxxxiii] Atendiendo a los hechos relevantes del caso, tal y como los relata el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de Julio de 2018, el 30 de septiembre de 2016, don J.E.B.C. presentó demanda de divorcio contencioso frente a su cónyuge doña M.T.B.C. De las dos hijas del matrimonio, una era ya en esa fecha mayor de edad, y la otra, nacida el 3 de diciembre de 2007, era y es a día de hoy menor de edad. El demandante solicitó, entre otras medidas provisionales, la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad. Con fecha 20 de enero de 2017, conforme al art. 49 bis LEC, la representante procesal de la ahora demandante solicitó la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (UP AD de Primera Instancia e Instrucción n• 2 de Eibar), que habla iniciado Diligencias Previas (núm. 344/20 16) a raíz de la denuncia presentada por la misma el 7 de septiembre de 2016 contra su marido, por agresión fisica y malos tratos psicológicos habituales. Por Auto de 3 de febrero de 2017 se acordó la inhibición, dejando sin efecto el señalamiento previamente acordado para la vista de la pieza de medidas cautelares. El 24 de abril de 2017 se celebró, por el órgano judicial competente, la vista de medidas provisionales

coetáneas núm. 4/2017 (proveniente del procedimiento de divorcio contencioso núm. 55/2017). Durante dicha vista, las partes comunicaron que hablan alcanzado un acuerdo acerca de las medidas a adoptar de forma provisional, acuerdo que se halla unido a las actuaciones. Constando al órgano judicial el auto de transformación en procedimiento abreviado (Diligencias Previas núm. 344/2016) por la posible comisión por el Sr. B. C. de un presunto delito de lesiones, comunicó a las partes que, en aplicación del art. 92.7 del Código Civil (en adelante CC), no era posible homologar dicho acuerdo, al vedar dicho precepto la posibilidad de conceder (incluso provisionalmente) la custodia compartida de la hija menor cuando uno de los progenitores está en inmerso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la integridad fisica del otro. Las partes invocaron el art. 11.3 de la Ley vasca 7/2015, que permite conceder la guarda y custodia compartida siempre que no haya condena penal por sentencia firme. El Ministerio Fiscal se opuso a la custodia compartida, ante la investigación en curso del citado delito de lesiones.

En esa tesitura, el órgano judicial estimó que resultaba esencial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que esencialmente basaba en la supuesta falta de competencia de la Comunidad Autónoma para regular esta en el ámbito del Derecho de familia, concretamente sobre los efectos personales o familiares derivados de la ruptura de la relación conyugal respecto de los hijos comunes menores de edad, de forma contradictoria con el art. 92.7 CC, porque se trata de una materia que, según el entendimiento del Juzgado (contrario a la opinión de las partes y del Ministerio Fiscal en el mismo procedimiento), viene atribuida de forma exclusiva al Estado por el art. 149. 1.8 CE.

El abogado del Estado, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicita la estimación de la cuestión. La representación letrada de Parlamento vasco y del Gobierno vasco, por su parte alegaron en defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma para intervenir legislativamente en esta materia, solicitando consiguientemente la inadmisión o subsidiariamente la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Finalmente, el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones, alegó que sobre la distribución de competencias sobre legislación civil existe una abundante doctrina constitucional, reiterada y uniforme, que, sobre normas de semejante contenido a la aquí cuestionada, se encuentra recogida en las SSTC 8212016, 110/2016 y 192/2016, dictadas para resolver otros tantos recursos de inconstitucionalidad, y que acaba de ser reiterada una vez más en la STC 9512017, FJ 3, cuya aplicación al caso conduce de manera inexorable a la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad. No obstante lo cual, ante la ausencia de disposición foral autonómica que tenga por objeto la regulación de las relaciones paterno-filiales, resulta imposible invocar título competencial alguno que permita justificar su conservación, mantenimiento o desarrollo, por lo que se debe declarar la inconstitucionalidad y, por consiguiente, la nulidad de la norma cuestionada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ante estos planteamientos, vino a entender que no había quedado satisfecho el juicio de aplicabilidad y relevancia en relación con el art. 11.3 de la Ley 7/2015, pues lo razonado por el órgano promotor no resultaba suficiente para justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez del citado precepto legal, por lo que no se trataría ya de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015, FJ 3)" (F J 2). Razón por la cual concluye inadmitiendo la cuestión de constitucionalidad.

[ccxxxiv] STC 77/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189, de 6 de agosto de 2018).

[ccxxxv] En concreto, y en referencia al periodo 2015-2018, aunque dicha iniciativa decayera al disolverse el Parlamento vasco en 2020, no podemos dejar de mencionar la proposición de Ley de Bildu presentada a finales de 2018 en el Parlamento vasco por el Grupo parlamentario EH Bildu, "de modificación de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores" (Proposición de ley por iniciativa de grupo parlamentario. Núm. expediente: 11\09\02\02\00026. Fecha de alta: 05.11.2018. Título: De modificación de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores). La iniciativa, en concreto, pretendía añadir un nuevo artículo 9 bis y modificar los artículos 3 y 11 de la Ley (en concreto, respecto del artículo 11 se pretende suprimir el apartado 3 y modificar la redacción del apartado 1), a los efectos de impedir el ejercicio de la guarda y custodia compartida de los progenitores "incursos en un procedimiento judicial por razón de violencia de género", así como el establecimiento de limitaciones respecto de los derechos de visitas y comunicación con los menores de esos mismos progenitores "o cuando la causa que se lleve adelante lo sea por violencia contra el menor o la menor sobre quien deba versar la medida". En un sentido similar, en el anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la igualdad de mujeres y hombres se incluyó también un precepto con contenido prácticamente idéntico al que se incluía en esta proposición de Ley. Precepto que, sin embargo, fue suprimido

del proyecto finalmente aprobado, en atención a la opinión de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, que dedicó unos párrafos a este asunto (apartados 332 y siguientes) en su dictamen Nº 3/2020.

[ccxxxvi] Tal y como señalan, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia de 30 de enero de 2018 (Roj. SAP SS 50/2018), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia de 10 de julio de 2018 (Roj. SAP SS 821/2018) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 16 de noviembre de 2017 (Roj. SAP BI 224572017).

[ccxxxvii] Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 28.12.2018 –Roj. SAP BI 2262/2018-; Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 30.10.2018 –Roj. SAP BI 1932/2018-; Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 26.12.2017 –Roj. SAP SS 1009/2017, entre otras.

[ccxxxviii] Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 29 de diciembre de 2017 (Roj. SAP SS 1012/2017).

[ccxxxix] Artículo 2. Ámbito de aplicación.
1. La presente Ley será de aplicación en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi siempre que, conforme a lo previsto en la legislación civil que resulte de aplicación, el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas ostentan la vecindad civil vasca.
2. Si uno de ellos ostenta la vecindad civil vasca y el otro no, se estará a la vecindad civil vasca, si es la elegida por ambos progenitores en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio o constitución de la pareja de hecho.
3. En su defecto, se estará a la del lugar de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda o, en el caso de las parejas de hecho, de la residencia inmediatamente anterior a la disolución de la pareja de hecho, si se hallan situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

[ccxl] Convenio de la Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (la cursiva es nuestra): "Artículo 5. 1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de *la residencia habitual del niño* son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes."

[ccxli] Constitución española de 1978: "Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.
2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94".
Código Civil: Artículo "1. (...) 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».

[ccxliiccxlii] Sentencia 506/2014 AP de Alicante, de 29 de octubre de 2014 (recurso 375/2014), dictada con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. La misma se pronuncia del siguiente modo: "[…] En lo que se refiere a la *legislación aplicable,* tanto el Estado español como la Federación rusa tienen suscrito el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Este Convenio se encuentra en vigor en España desde el día 1 de enero de 2011. Su artículo 53.1 dispone que "se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado". Entre los objetivos del Convenio se encuentra el de "determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental" (art. 1.1.c), entendiéndose por ésta "la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño" (art. 1.2). El art. 3 especifica que las medidas previstas en el art. 1 se pueden referir al "derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto de su residencia habitual.

Es decir, resulta evidente que *la determinación de la ley sustantiva aplicable a la guarda y custodia de un menor queda bajo el ámbito de aplicación del Convenio.* Sobre este particular, el art. 15.1 señala que "en el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley". Como excepción, el apartado 2 del mismo precepto dispone que "en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho". Entre las normas de competencia a que se refiere el art. 15.1 encontramos *el art. 5.1, que prevé que "las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.*

De todo lo expuesto se desprende que *debe aplicarse la legislación española, que es la correspondiente a la residencia habitual del menor. Los problemas suscitados por la coexistencia de distintos regímenes civiles dentro del territorio español encuentran respuesta en el art. 48 del Convenio: "*para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III, en el caso de que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, se aplican las reglas siguientes:

a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicara dicha ley;

b) en defecto de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del artículo 47".

En el supuesto que nos ocupa, no existe en el ordenamiento jurídico español una norma que identifique el Derecho civil, común o especial, que debe aplicarse a este caso concreto porque el criterio seguido por el art. 16.1 CC resuelve el conflicto remitiéndose al capítulo IV con la matización de considerarse como ley personal la determinada por la vecindad civil.

Sin embargo, en el caso de autos ninguno de los litigantes tiene vecindad civil en ninguno de los territorios que conforman el Estado español por la sencilla razón de que se trata de extranjeros. Es por ello que el art. 16.1 CC, que es la norma a que se remite el art. 48.a) del Convenio, deviene inoperativo, pues resulta imposible aplicar las normas de conflicto del capítulo IV del Libro I del Código Civil sustituyendo las referencias efectuadas a la "ley personal" por otras relativas a la "ley de la vecindad civil".

En tales circunstancias, debemos aplicar el apartado b) del art. 48 del Convenio, que se remite al art. 47. De esta forma*, la remisión que el* art. 9.4 CC *efectúa a la "ley personal del hijo" para dilucidar las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales debe considerarse hecha a la legislación civil valenciana de conformidad con lo previsto en el art. 47.4 del Convenio:* "cualquier referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad se interpretara como una referencia a la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a *la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho"*. Y en el presente litigio, resulta evidente que la unidad territorial con la que el niño presenta un vínculo estrecho es la Comunidad Valenciana, en la que ha nacido y vivido hasta el momento.

Es decir, de lo expuesto se desprende que la controversia relativa al tipo de régimen convivencial que ha de regir en lo sucesivo entre las partes y su hijo Nicanor debe de dilucidarse con arreglo a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (en lo sucesivo, LRFCV). Los apartados 2, 3 y 4 de su art. 5 establecen lo siguiente: [...]"

En el mismo sentido, Sentencia AP Barcelona 448/2014, 3 de Julio de 2014 (recurso 375/2014) o Sentencia AP Barcelona 692/2012, 23 de octubre de 2012 (recurso 244/2012).

[ccxliii] A la reforma del Código Civil se refiere la sentencia del TS núm. 224/2018 de 17 abril. RJ 2018\1902, en el siguiente sentido:

"[...] 4.- Las sucesivas regulaciones de la ley aplicable en materia de filiación han venido reflejando los valores y principios que han inspirado al legislador en cada momento en este ámbito.

En la redacción originaria, el Código civil carecía de norma específica sobre ley aplicable y el art. 9 CC se limitaba a disponer que: «Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero». Por obra del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (RCL 1974, 1385) , por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, el art. 9.4 CC , en correspondencia con una concepción jerarquizada de la familia, pasó a decir que: «Las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley nacional del padre y en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre».

Esta regulación fue calificada de «discriminación hiriente de la mujer» por el preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (RCL 1987, 2439) , por la que se modifican determinados artículos del Código Civil, *que pasó a centrar el punto de*

conexión en la ley personal del hijo «como persona más necesitada de protección», al establecer que: «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo».
Pero la solución, respetuosa con el principio de igualdad constitucionalmente consagrado, fue objeto de varios reproches, como el no haber optado por conexiones más fuertes (en especial cuando la nacionalidad del hijo no coincide con su residencia habitual), la debilidad intrínseca que resulta de la íntima conexión entre determinación de la filiación y nacionalidad y su insuficiencia en los casos en los que la nacionalidad no estuviera determinada.
A este último problema dio respuesta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , que dio al art. 9 . 4 CC la siguiente redacción: «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno -filiales, se regirán por la *ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo ».*
5.- Finalmente, por obra del art. 2.1 de la Ley 26/2015 , el primer párrafo del art. 9.4 CC establece:
«La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5».
Con esta norma, el derecho español se aleja de sistemas como el francés, el italiano o el belga, que atienden prioritariamente a la nacionalidad (bien de la madre, bien del hijo) en el momento del nacimiento del hijo. En la línea de otros ordenamientos, como el alemán o el suizo, *el legislador español opta por un criterio más neutral (no privilegia a ninguno de los progenitores) y realista que atiende en primer lugar a la «conexión social» representada por la residencia habitual del hijo*, que el derecho español fija en el momento del establecimiento de la filiación, *lo que presupone la mayor vinculación con el ordenamiento de la sociedad en la que está integrado el hijo cuando se va a determinar la filiación*. La nacionalidad del hijo pasa a tener un papel subsidiario, y resulta de aplicación cuando el hijo carece de residencia habitual o cuando la ley del país de su residencia habitual no permite determinar la filiación.
La redacción del art. 9.4 CC introducida por la citada Ley 26/2015 no solo fija la norma de conflicto con atención exclusiva en el hijo, sino que además potencia el favor filii , al incluir tres puntos de conexión ordenados en cascada: ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación; ley nacional del hijo; y, finalmente, la ley material española si esa ley no permite determinar la filiación o si el hijo carece de residencia habitual y de nacionalidad.
[. . .]
7.- Puesto que, en el presente caso, cuando entró en vigor la nueva redacción del art. 9.4 CC (el 18 de agosto de 2015) la acción de reclamación interpuesta por el demandante estaba pendiente de decidirse en primera instancia, debe ser resuelta con arreglo al citado precepto, que establece como ley aplicable la de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación que, según se ha dicho, es la española.
En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sentencia núm. 31/2016 de 21 diciembre (RJ 2016\6711); Sentencia de la AP de Barcelona núm. 736/2017 de 15 septiembre. JUR 2017\282217; o Sentencia AAP Barcelona 179/2019, 11 de abril de 2019 (1118/2018), de especial interés al señalar, incluso, que en virtud de esas normas es la residencia habitual del menor y no la vecindad civil la que determina la ley aplicable.

[ccxliv] Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000: Artículo 8. 1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional".

[ccxlv] Salvo cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del reiterado Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, en cuyo caso el propio Reglamento podría indirectamente resultar aplicable para a dirimir la cuestión, al determinar en su artículo 12.4 que la competencia debe ejercerse en beneficio del menor, en los siguientes términos: "Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate".

[ccxlvi] López Azcona, A.. Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia. Estudio doctrinal. Boletín Ministerio de Justicia, enero de 2016, pág. 11 y ss. con cita a B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, "El modelo común para la intervención
con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia", RDC, 2014, vol. I, núm. 4, pp. 107-153.

[ccxlvii] Ese mismo apartado primero del artículo 5 de la Ley 1/2008 continúa luego, aclarando que "A los efectos de esta ley, se considerará unidad convivencial a las personas unidas por una relación permanente análoga a la conyugal que deberá ser acreditada fehacientemente, así como a las personas que, no estando unidas entre sí por alguno de los vínculos previstos anteriormente, viven juntas en una misma vivienda o alojamiento durante un periodo de tiempo continuado igual o superior a un año, debido a situaciones de necesidad constatables por los servicios sociales".

[ccxlviii] Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disposición final quinta. Título competencial: "Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución. No obstante lo anterior, la modificación de la Ley 34/2006 se efectúa al amparo del artículo 149.1.1.ª, 6.ª y 30.ª de la Constitución".

[ccxlix] La incorporación de las sociedades civiles, cofradías, hermandades o mutualidades, y de las sociedades familiares pactadas al elenco de personas jurídicas ya referido (fundaciones, asociaciones, cooperativas) cuya regulación puede caer, de forma más o menos directa, en el ámbito del Derecho civil vasco, nada aporta a esta estadística, ya que no contabilizamos ninguna resolución judicial sobre las mismas.

[ccl] Primero en un auto de 1 de marzo de 2011 y luego en otro de 10 de mayo del mismo año 2011.

[ccli] LDCV. Artículo 16. – Cofradías, hermandades o mutualidades
1.– Se sujetarán a esta ley las sociedades civiles constituidas bajo alguna de las formas tradicionales de cofradías, hermandades o mutualidades.
2.– Estas sociedades se regularán por sus propios Estatutos y normas internas, en cuanto su contenido no se oponga a esta ley, a las normas que se dicten para su desarrollo y a la legislación supletoria. Estas sociedades civiles podrán inscribirse en el registro especial que creará al efecto el Gobierno Vasco. La sociedad inscrita tendrá personalidad jurídica.

[cclii] LDCV. Artículo 107. – Pacto de comunidad
1.– La institución de sucesor en el patrimonio familiar puede acompañarse del pacto de comunidad entre instituyentes e instituidos, bajo la forma de diversas figuras societarias o en régimen de comunidad de bienes. El régimen de comunidad o sociedad familiar pactada, se regirá, en primer lugar, por el título de su constitución y de forma supletoria, por lo dispuesto en esta ley civil vasca.
2.– Salvo pacto en contrario, se entenderá que a la muerte de uno de los instituyentes su cónyuge o miembro superviviente de la pareja y otorgante del pacto conserva íntegros y con carácter vitalicio los derechos que ambos se hubieran reservado.
3.– Revertirán al instituyente los bienes transmitidos por pacto sucesorio con carga de alimentos cuando el instituido falleciere en vida de aquél sin dejar hijos ni descendientes.

[ccliii] Esta fue la Cofradía de Alzusta, cuya transformación en sociedad civil se llevó a cabo mediante el otorgamiento de escritura pública otorgada de fecha 27 de noviembre de 2018 ante el notario Don Juan Ignacio Gomeza Villa, por la que se procede a la elevación a público de los acuerdos de adaptación de la Cofradía a la Ley de Derecho civil vasco, adoptados por la Junta de Fogueros reunida en el Frontón del Txoko de Alzusta el 14 de abril de 2018.

[ccliv] LDCV. Artículo 16. – Cofradías, hermandades o mutualidades
1.– Se sujetarán a esta ley las sociedades civiles constituidas bajo alguna de las formas tradicionales de cofradías, hermandades o mutualidades.
2.– Estas sociedades se regularán por sus propios Estatutos y normas internas, en cuanto su contenido no se oponga a esta ley, a las normas que se dicten para su desarrollo y a la legislación supletoria. Estas sociedades civiles podrán inscribirse en el registro especial que creará al efecto el Gobierno Vasco. La sociedad inscrita tendrá personalidad jurídica.

[cclv] A modo de ejemplo, como referencias directas, alguna relativa a la compañía o sociedad conyugal, y a la Hermandad de las Villas y Encartaciones.

[cclvi] A parte de las obvias referencias a la Hermandad de las villas o Hermandad de Gipuzkoa, a modo de ejemplo referido a cofradías o sociedades, aplicables a las celebradas entre particulares, podemos citar:
TITULO XXVIII. De las [ligas]10, monopodios, Confrarias y vandos.
CAPITULO I. Que no se hagan Confrarias nuevas en Guipuzcoa ni aya mas de las hechas ó de las que se hicieren con autoridad Real.
Por evitar la confusion que pudiera resultar de fundarse muchas Confrarias nuevas sin autoridad competente, mediante la qual sera mas calificada la devocion de los que dessean emplearse en buenas obras, (1) ordenamos y mandamos que en toda la Provincia de Guipuzcoa ni en las Villas é Lugares de ella *non aya Confraria alguna, so ningun color, salvo si fuere fecho por mandamiento del Rey é con autoridad del Obispo de la tierra, é que sea en casos piadosos*. É que las fechas hasta aqui se den, é las demas por ningunas, é las desatamos. É de aqui adelante non se faga, so pena que qualquier que en ello entrare ó fuere cayga en pena de cinco mil maravedis para la dicha Provincia.
CAPITULO II. Que no se hagan en esta Provincia Ligas ni Confederaciones, ni obligaciones ni ayuntamientos de Concejos ni Vniversidades, *ni de personas singulares*.
Por quanto á causa de *las ligas ó monipodios ó confederaciones ó obligaciones ó ayuntamientos* de Concejos ó Universidades *y personas singulares que en vno se acordavan ó confederavan ó obligavan comunmente*, redunda en daño del bien publico, para ser mas poderosos contra terceros é cometer ossadias é atrevimientos contra la Republica ó vecinos de esta dicha Hermandad, por ende, (1) de aqui adelante qualesquier Concejos ó Vniversidades que lo susso dicho cometieren incurran é paguen mil doblas: la meytad para la Camara y fisco de Su Magestad, é la otra meytad para las necessidades de la dicha Provincia. *É cada persona singular*, en pena de cien doblas, repartidas segun dicho es. É que los dichos monipodios ó ligas ó confederaciones ó obligaciones sean é finquen reprovadas é nulas, é cassas é ningunas.

[cclvii] En este sentido cabe citar, por ejemplo, "Sociedades civiles del País Vasco (1560-1799)" y "Sociedades civiles de País Vasco (1802-1902)", publicadas ambas en 2018 por el Servicios Central de Publicaciones de Gobierno Vasco y la Universidad de Deusto, dentro de la Colección de Jurisprudencia Civil Foral (ss. XVI-XX).

[cclviii] Se trata de la "Fundación Residencia de ancianos Petra Lekuona-Petra Lekuona Zaharren Egoitza Fundazioa". Inicialmente se creó la residencia "Petra Lekuona Zaharren Egoitza", mediante escritura pública otorgada el 5 de febrero de 1929 ante el notario de Rentería Don Juan Leoncio Iturralde, al amparo de lo dispuesto en la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y su Reglamento de desarrollo de 1852. Como establecimiento de beneficencia, y con plena personalidad jurídica, sus últimos estatutos se protocolizaron en escritura pública de 26 de junio de 2008, ante la notaria de Rentería Doña Maria Remedios Aguirre Sánchez Barriga, no el número de protocolo 637, modificados mediante escritura pública otorgada el 24 de abril de 2015, con el número de protocolo 152. Por acuerdos de su órgano de gobierno adoptados el 14 de septiembre de 2015, la entidad adaptó sus estatutos a la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco y demás disposiciones normativas vigentes, solicitando su inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco, bajo la denominación de "Fundación Residencia de ancianos Petra Lekuona-Petra Lekuona Zaharren Egoitza Fundazioa", siendo inscrita mediante Orden de 12 de enero de 2016.

[cclix] Se trata de la "Fundación Jayroa Hermanos". La Fundación se constituyó mediante escritura pública otorgada el 15 de noviembre de 2017, ante la notaria Doña Raquel Ruiz López, con el número de protocolo 1.457. En dicha escritura consta que Doña Maria Rosario Olaran Arandia confiere a su hermano Don Jose Antonio Olaran Arandia poder testatorio para que, con el carácter de comisario ejercite las facultades que se expresan en dicha escritura. Dicho poder se confiere por el plazo de veinte años. La testadora comitente hace constar expresamente que las facultades que corresponden al comisario habrán de ser interpretadas en el más amplio sentido y le faculta para constituir, en su caso, la Fundación "mortis causa". Según consta en la escritura pública, "para el caso de comoriencia, premoriencia o incapacidad del comisario, o de que falleciese sin haber hecho uso del poder testatorio en todo o en parte, designando herederos en su caso, o incurriere en alguna de las causas de extinción del poder testatorio, establecidas en el artículo 45 de la Ley Civil Vasca, es voluntad de la testadora constituir una Fundación, y disponer de todos sus bienes y derechos como dotación".

[cclx] La "Fundación Juan Celaya Letamendi Fundazioa" aceptó, a beneficio de inventario, la herencia de Don Juan Celaya Letamendi, Presidente del Patronato de la Fundación, mediante escritura pública de 29 de septiembre de 2016 otorgada ante el Notario Don Enrique Arana-Cañedo Argüelles, con el número de protocolo 83, tal y como resulta del otorgamiento de la

misma en virtud del testamento cerrado formalizado mediante Acta Notarial autorizada el día 2 de abril de 2007 ante el mismo notario, con el número 839 de su protocolo. Tal testamento había sido objeto de apertura, adveración y protocolización mediante otra escritura autorizada por dicho Notario con fecha 23 de septiembre de 2016 y número 1238 de su protocolo. Dicha aceptación fue comunicada por la Fundación el 11 de octubre de 2016 al Protectorado de Fundaciones del País Vasco, teniéndose por recibida la comunicación de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, mediante Resolución de 21 de noviembre de 2016 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos.
Del mismo modo, La "Fundación Carmen Gandarias", aplicando el artículo 27 de la Ley 9/2016, comunicó al Protectorado de Fundaciones la recepción de los bienes mortis causa que Doña Iciar Alzola de la Sota, Presidenta de la Fundación legó a la Fundación. Se trata de dinero procedente de las pólizas de seguro de vida de las que era beneficiaria la Fundación. Estos bienes se recibieron de forma independiente a la tramitación de la herencia de la causante, ya que las primas de seguros no se integran en la masa de la herencia y siguen la tramitación que establece la legislación vigente en materia aseguradora. Posteriormente, la Fundación aceptó la herencia de Doña Iciar Alzola de la Sota, mediante Escritura Pública de aceptación y adjudicación de herencia de 20 de febrero de 2019, otorgada ante Notario de Bilbao, Don Manuel Garcés Pérez, con el número de protocolo 509, tal y como resulta del otorgamiento de la misma en virtud del testamento abierto otorgado en Bilbao, el día 11 de diciembre de 2014, con el número 3.861 de su protocolo. Dicha aceptación fue comunicada por la Fundación al Protectorado de Fundaciones del País Vasco el día 28 de febrero de 2019.
Finalmente, la "Fundación Civil Arrupe Etxea", aplicando también el artículo 27 de la Ley 9/2016, comunicó al Protectorado de Fundaciones la aceptación de la herencia de Doña María Rosario Irala Rodriguez, mediante Escritura Pública de partición de herencia y asignación de legados de 27 de julio de 2016 ante el Notario de Bilbao, Don Elías Moral Velasco, con número 1.013 de su protocolo, tal y como resulta del otorgamiento de la misma en virtud del testamento otorgado ante el mismo Notario, el día 20 de enero de 2014, número 68 de protocolo. Dicha aceptación fue comunicada por la Fundación el 30 de noviembre de 2016 al Protectorado de Fundaciones del País Vasco.

[cclxi] Primero en un auto de 1 de marzo de 2011 y luego en otro de 10 de mayo del mismo año 2011.
[cclxii] Referente al principio de libertad civil tradicional en el Derecho civil vasco, que establece que 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.