

JADO

REVISTA JURÍDICA ALDIZKARI JURIDIKOA LAW REVIEW

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

33

ENERO-DICIEMBRE
2025
URTARRILA-ABENDUA
AÑO XX. URTEA



Ilustre Colegio Notarial
del País Vasco

Euskal Herriko Notario
Elkargo Txit prestua



AVD-ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Academia



2003
2023



Ilustre Colegio de
la Abogacía de Bizkaia

Bizkaiko Abokatuen
Elkargo Ohoretsua

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

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

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

Mandobide 6-2ª planta
48007 Bilbao
secretaria@avd-zea.com

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

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

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

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

Mandobide 6-2. solairua
48007 Bilbo
secretaria@avd-zea.com

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

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

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia

Mandobide 6-2ª planta. 48007 Bilbao
Tlf.: 94 425 57 15 • secretaria@avd-zea.com

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

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

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

DIRECTOR
ZUZENDARIA
DIRECTOR

Andrés María URRUTIA BADIOLA
Notario/Academia Vasca de Derecho

DIRECTORA ADJUNTA
ZUZENDARI LAGUNTZAILEA
ASSISTANT DIRECTOR

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

CONSEJO DE REDACCIÓN
IDAZKETA BATZORDEA
EDITORIAL BOARD

José Miguel GOROSTIZA VICENTE
Abogado/Academia Vasca de Derecho

Elixabete PIÑOL OLAETA
Abogada/Academia Vasca de Derecho

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

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

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

Borja IRIARTE ÁNGEL
Magistrado TSJPV

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL
NAZIOARTEKO BATZORDE AHOLKULARIA
INTERNATIONAL REFERENCE COMMITTEE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alkain ORIBE MENDIZABAL
Abogada

Jesús FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ
Abogado

Vicente María DEL ARENAL OTERO
Notario de Bilbao

Francisco Javier OÑATE CUADROS
Notario de Donostia-San Sebastián

LECCIONES MAGISTRALES / HITZALDI HAUTATUAK /
MASTER LESSONS

[11-31] ARRIOLA ARANA, J.M.: *Derecho, Filosofía y Bibliografía*

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

[35-78] ETXEBARRIA ZAMALLOA, A.: *EAEko hizkuntzen koofizialtasuna: Ove-
rruling kasu bat 85/2023 Konstituzio Auzitegiaren Epaian*

[79-124] CALAVIA BARRÓN, G.: *Higiezinaren gaineko kreditu-kontratuen arazoak.
Bereziki, hipoteka-gastuen itzulera*

[125-175] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, I.: *Interpretación conforme a la nueva realidad
social: La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital
de hecho y la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo
853.2 cc.*

[177-221] MUNDUATE GOIKOETXEA, J.: *La problemática y conflicto de la tramita-
ción de los parques edílicos en la CAPV: gestión del suelo e impacto ambiental*

[223-274] RUIZ DE GORDEJUELA AGIRRE, I.: *Eskubide historikoak eskumen-iturri
gisa: analisi historikoa, doktrinala eta jurisprudentziala*

[275-322] ARNÁEZ ARCE, V.M.: *Análisis de algunas estrategias y políticas públicas
para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapaci-
dad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [325-334] ETXEBARRIA ETXEITA, I.J.: *Hizkuntza-eskakizunak eta enplegu publikoa*
- [335-370] RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M.M.: *La Discapacidad y la ley de Derecho Civil vasco*
- [371-384] GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *La venta por mandatario verbal y la autorización judicial de los actos del curador*

[387-395] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO
ARAUAK / PUBLICATION STANDARDS

LECCIONES MAGISTRALES/
HITZALDI HAUTATUAK/
MASTER LESSONS

Derecho, Filosofía y Bibliografía*

Jose María ARRIOLA ARANA

Notario (1963-2007) y

Decano del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao (1991-1993)

Es un gran honor para mí pronunciar la Lección de Apertura de Curso de la Academia Vasca de Derecho. Tras 17 años jubilado y separado de la práctica activa del Derecho, no pueden esperar que dé ninguna clase de Derecho Positivo, estoy oxidado, pero la Academia por medio de su Presidente, mi querido amigo, compañero y paisano lekeitiano, Andrés Urrutia, ha tenido no sólo la gentileza de formularme esta invitación, sino que me ha facilitado el tema de la misma “Derecho, Filosofía Jurídica y Bibliofilia”.

Al enfrentarme a este triple contenido, he vuelto a los recuerdos de mis clases en la Escuela de Práctica Jurídica en las que mis mayores aciertos eran que mis alumnos al cabo de los años recordasen tanto como mis lecciones sobre documentación mercantil, las anécdotas o sucedidos que les contaba, como la conocida de “*El sombrero de Dior*” que muchos me repetían cuando años después me visitaban en mi despacho. Quizá con inmodestia he llegado a pensar que de las curiosidades históricas pueda decir algo que fuera de interés en un lugar y acto tan ilustre como éste. No sé si estaré a la altura, pues las Lecciones de Apertura siempre han sido actos jurídicos importantes.

* Este texto corresponde a la conferencia que el autor pronunció como Lección inaugural del Curso 2024/2025 de la Academia Vasca de Derecho el día 13 de noviembre de 2024.

DERECHO

En el primer apartado ¿qué podría decir con algún sentido y utilidad? Pues aquí y ahora, “*hic et nunc*”, como decían los clásicos, querría transmitir mi primera sensación que es la pérdida por la Economía actual de la fe en la Fuerza Creadora del Derecho, que hoy considero un tanto abandonada, lo que voy a contrastar con dos aspectos muy significativos.

1. Formas Jurídicas: se me ha preguntado en muchas ocasiones cuál es en mi experiencia y a mi juicio la primera característica del País Vasco en el mundo del Derecho. Noto que mi respuesta al principio suele sorprender cuando contesto con rotundidad: la primera característica diferencial es que poseemos una especial aptitud para lo que el Derecho Romano llamaba “*afectio societatis*”. La Historia y a mi la experiencia nos demuestran que los vascos hemos tenido una especial condición, una estructura mental particular para unir a un conjunto de personas diversas, de distinta clase social, ideología, pensamiento, etc., y que todas se adhieran en torno a una actividad económica común.

No puede ser casualidad que la Comunidad más fuerte de Comerciantes se dé en Bilbao con su Consulado, equiparable a los Consulados del Mediterráneo o de la Liga Hanseática; que la primera S.A. privada de España surja en el País Vasco con la Sociedad Guipuzcoana de Caracas; vasca es la primera Sociedad Económica de Amigos del País, la R.S.B.A.P.; las primeras Universidades por creación de grupos privados de personas, como el Real Seminario de Vergara, la Universidad de Oñate, ejemplos luego seguidos en la fundación de la Universidad de Deusto, Universidad Comercial o los Laboratorios de Labein; en el siglo XIX, por idea de Pablo Alzola se crea la primera Patronal, origen del Centro Mercantil e Industrial; hemos constituido el grupo de

Sociedades Cooperativas, Mondragón, más importante del mundo; una Sociedad de Garantía Recíproca con más de 100 socios, Elkargi, S.A., y todo ello sin referirnos a las innumerables sociedades anónimas: mineras, navieras, siderúrgicas, bancarias, etc., creadas en nuestro entorno.

Algo tenemos que nos hace proclives a ello y que debemos aprovechar.

Y así, como una derivación de esa característica, en el siglo XX y sobre todo en su segunda mitad que son mis tiempos históricos, limitándome a Bizkaia, se daba una auténtica tensión jurídica dirigida a la inventiva, creación o aplicación de figuras jurídicas novedosas, herramientas muy válidas para una actividad económica que las exigía y a cuyo servicio se ponían. Nuestros juristas, en una auténtica tensión intelectual sin descanso, estaban dedicados a esa labor creativa de estructuras jurídicas que se les demandaba, al tiempo que servían de base a una importante actividad económica que en el Mundo se reconocía con asombro dada nuestra pequeñez y falta de recursos naturales, excepto el mineral de hierro.

La historia de Bilbao marca la constante tensión en que nos hallábamos los juristas de Bizkaia en la búsqueda y creación de nuevas estructuras jurídicas que, en estrecha colaboración con el mundo económico, éste les demandaba. Los grandes protagonistas de la actividad económica nos exigían nuevas estructuras para así avanzar y dominar un mercado. Sólo os citaré algunas de ellas:

- I. La Sociedad Anónima con asignación de una vivienda o local concreto inherente a la titularidad de cada acción, de tal modo que al transmitirse ésta incorporaba al inmueble; este sistema totalmente novedoso para su época se aplica por primera vez en Bilbao en 1918. Hoy, un siglo después,

un sistema paralelo sigue la figura tan novedosa de la Multipropiedad, extendida por todo el mundo.

- II. La Comunidad de Autopromotores de Viviendas. Se generalizaron tanto en nuestro ámbito que un conocido Abogado de Bilbao, bastante vanidoso, se atribuía sin empacho ser el creador de esta figura. En el ámbito notarial el primero que escribió un libro sobre ella fue un Notario de Valencia, de ascendencia totalmente vasca, Domingo Irurzun Goicoa.

Lo que sí es una innovación netamente bilbaína fue la sustitución de la Comunidad de Autopromotores por la Sociedad Civil de Autopromotores para evitar los inconvenientes de aquélla que eran la necesidad de unanimidad y los retrasos en las aportaciones de algunos Comuneros. Hoy veo que, con acierto, se ha derivado hacia las Sociedades Cooperativas de Autopromotores.

- III. Las numerosas Sociedades Inmobiliarias para Arrendamiento de la Ley de 1940 constituidas y domiciliadas en Bilbao, que con sus beneficios fiscales obtenían una rentabilidad baja pero totalmente segura y que fueron arrendatarias de muchos miles de viviendas y locales.

En ese plano otra figura que se empleaba era la Sociedad Comanditaria por Acciones para la explotación de inmuebles, viviendas y locales en arrendamiento, que adoptaban esta forma para que el grupo promotor, que tomaba la posición de Socio Colectivo Administrador, no perdiera el control a través de la Junta General. El riesgo se derivaba de la responsabilidad ilimitada del Socio Colectivo. Por

ello, para evitarlo, por primera vez en España, el Registro Mercantil de Bilbao admitió que este socio colectivo administrador lo pudiera ser una pequeña Sociedad Limitada, figura que se copió de precedentes en Italia de cuya inscripción mercantil se dudaba.

También son de destacar las Entidades Constructoras Benéficas, Viviendas de Vizcaya y Viviendas Municipales.

Me llama poderosamente la atención que al tratar del problema de la vivienda, nadie nos dé la cifra de las decenas de miles de viviendas en venta o arrendamiento que en circunstancias más difíciles que las actuales, se pusieron en el mercado.

- IV. Continuando en este plano inmobiliario es de destacar que los juristas de Bizkaia fueron los primeros en conseguir una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado que hacía posible la automática conversión de las concesiones a perpetuidad de los Terrenos procedentes de Marismas de Desecación en pleno dominio, inscripción imprescindible en las industrias para su transmisibilidad y base del crédito hipotecario. Ello sentó un precedente de valor económico incalculable.

- V. La Sociedad Limitada fue una pura creación de la doctrina jurídica valiéndose de la atipicidad en nuestro Derecho de Sociedades. Se creó sin más base que un artículo del Reglamento del Registro Mercantil que admitía su inscripción registral. Uno de los juristas que más coadyuvó a su creación y el que más aplicó este tipo fue el Notario de Bilbao, Don Celestino María del Arenal.

- VI.** La creación de Sociedades con auténtico sentido social, como las Sociedades Cooperativas, las S.A. Laborales (S.A.L.) que se desarrollaron enormemente dirigidas por A.S.L.E. (Asociación de Sociedades Laborales de Euskadi), que fueron básicas en la reconversión de las grandes Sociedades industriales en crisis de finales del siglo XX; la Sociedad Agraria de Transformación. Era ésta una figura jurídica totalmente desconocida en nuestro entorno y cuyo desarrollo y buenos efectos había visto en mis años de estancia en Andalucía y Extremadura. Sólo constituí dos o tres en Bizkaia.
- VII.** La Asociación de Navieros Vascos designó a su asesor, Ignacio Artaza, profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Deusto, para que la representara en la Comisión Redactora de la Ley de Renovación de la Marina Mercante. Artaza tomó el trabajo con enorme interés, pidió un año de excedencia en Deusto, mi cuarto año de Carrera en el que por desgracia no le tuve de profesor, y prácticamente él sólo redactó la Ley de 1958. Posiblemente, en todas mis aventuras jurídicas, no he conocido una Ley que por sí sola produzca efectos tan positivos.
- VIII.** La Segregación Industrial, como entonces la llamábamos, luego la nueva Ley de Sociedades Anónimas vino a regular la figura de la escisión.
- La primera o por lo menos la más importante Segregación Industrial se realizó en Bilbao cuando A.H.V. segregó todas las Instalaciones Industriales y Mineras de Altos Hornos de Sagunto, viniendo a constituir la gran sociedad Altos Hornos del Mediterráneo.

En este campo no puedo menos de contaros algo poco conocido que es que la Segregación Industrial sin discusión, la más importante de España, fue la proyectada de la Central Nuclear de Lemóniz para crear una nueva Sociedad, propiedad de Iberduero y cuya administración quedaría encomendada en exclusiva al Gobierno Vasco. Fue ésta una idea, posiblemente genial, del Presidente Manuel Gómez de Pablos y aunque la tuve redactada en la operación que hubiera sido la de mayor volumen económico de toda mi carrera profesional, a última hora no llegó a firmarse ya que por una parte el Gobierno Vasco de Carlos Garaikoe-txea por medio de su Vice-Lehendakari y gran mercantilista Mario Fernández no vio con ningún calor esta idea, pero la razón fundamental estuvo en que cayó el Gobierno de Adolfo Suárez y se nombró Presidente a Leopoldo Calvo Sotelo, el cual rechazó esta idea que vendría a suponer una total autonomía energética del País Vasco.

- IX.** En este orden de ideas, la preocupación por la dimensión empresarial estaba siempre presente en la mente de los empresarios. Y así surgen las fusiones de Sociedades. Las primeras que recuerdo, las de Impregnación de Maderas S.A. y Postensa, así como la de la Sociedad Española de Antimonio S.A. y Cobre Electrolítico y Metales S.A. En ambas intervenía uno de los asesores, contables y fiscales más famosos de la Villa, José M^a Macua, que me fue enseñando sobre todo los enormes problemas fiscales que se les oponían: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, la tributación de la adjudicación para el pago de deudas, plusvalías en el Impuesto de Sociedades de la Sociedad ab-

sorbida, plusvalías en los impuestos de Renta y Sociedades de los Accionistas, Plusvalía Municipal, aplicación de las normas del traspaso a los pabellones y locales en arrendamiento, etc. Todas estas dificultades hacían, en muchos casos, inviable la figura de la fusión, pero fueron resueltas por vía legislativa en gran medida gracias a las exigencias y experiencia de los juristas bizkainos.

En este campo la gran figura de las fusiones bancarias fue el bizkaino José Ángel Sánchez Asiáin, a través del Banco de Bilbao. Su gran operación fue la OPA que presentó sobre el primer Banco español, Banesto. Esta OPA fracasó porque el Gobierno, bien azuzado por Mario Conde, obligó a que todo el pago tuviera que hacerse en metálico, lo que representaba una suma de tal importe que podía arrastrar a la quiebra al propio Banco opante, motivo por el cual el Consejo de Administración, prudentemente, retiró la OPA. Con este motivo, la Asesoría del Banco y juristas de Bizkaia redactaron incluso un libro defendiendo la posibilidad legal de entrega de acciones propias en una OPA, medida esencial que posteriormente y por Ley fue admitida.

- x. La Póliza Vizcaya. Es un modelo del que podemos sentirnos orgullosos los juristas bizkainos. Cuando para la realización de la gran autopista Super Sur de Bilbao se pensó en acudir al Banco Europeo de Inversiones, los juristas de la Diputación de Bizkaia prepararon un modelo de póliza en el que se destacaba un sistema muy pensado y bien elaborado de amortización a largo plazo para aquellas obras públicas con rentabilidad muy diferida en el tiempo. Esta Póliza se formalizó en Bilbao y tengo que decir que fue

tan reconocida por el B.E.I. que todavía hoy día se conoce en el mismo como Póliza Vizcaya y es la que se utiliza en ese tipo de financiaciones.

- XI.** Sociedades de Seguros. Como ha quedado claro, una gran preocupación de todo empresario es evitar la responsabilidad ilimitada por deudas, pero también exigían los mismos tratar de cubrir los riesgos accidentales que acechaban a personas y empresas. Para tal fin surge un importante número de Compañías de Seguros: Aurora, Polar, Bilbao, Vizcaya, Ercos, Plus Ultra y otras, incluidas las Sociedades Mutuas SURNE e IMQ. Las Sociedades Anónimas de Seguros hoy todas domiciliadas fuera de Bizkaia.
- XII.** Fondos de Inversión en Obras de Arte. Una figura totalmente ideada por los juristas bizkaínos fue la modalidad de los Fondos de Inversión en Obras de Arte que la inventiva de los mismos articuló sobre la base de dos instituciones complementarias:
- Comunidad de Bienes o Copropiedad sobre diversas obras de arte sumamente valiosas. Dieron una magnífica rentabilidad, aunque hay que reconocer que los cuadros y esculturas de sus fondos no se exhibían ya que estaban normalmente depositados en el Depósito Franco del Aeropuerto de Ginebra, que guarda una increíble cantidad de obras de arte que nunca verán la luz.
 - Contrato de Cuentas en Participación con un anticuario que era el único administrador y responsable jurídico del Fondo.

XIII. Como último ejemplo de esta creación de estructuras jurídicas para el desarrollo de una actividad económica que les he hablado, me voy a referir a un caso paradigmático: Central de Limpiezas el Sol, era una Sociedad de Servicios dedicada principalmente a la limpieza y jardinería, que desarrolló su actividad inicial en la limpieza de oficinas en Bilbao. Cuando surgió la Constitución de 1978 creando las Autonomías, el propietario de esta empresa fue consciente de que la contratación pública de tales servicios, decisiva para esta empresa, iba a ser en las diversas Autonomías favorable a entidades radicadas en las mismas. Por tal motivo decidió constituir 14 Sociedades, una por Autonomía. En sólo dos días se constituyeron ante Notarios de cada Comunidad una Sociedad operativa en el territorio de la misma, pero como era necesario mantener una unidad de gestión, se creó la Sociedad Europea de Gestiones, Administrador Único de cada una de aquéllas. Como además eran necesarias las transmisiones dinerarias, compensaciones, pagos, etc. entre ellas, se creó a modo de pequeño banco una Sociedad Financiera en paralelo a través de la cual operaban todas ellas. Con estas tres patas que le propusieron los juristas bilbaínos, surgió el Grupo Eulen, hoy la Sociedad de Servicios quizá más importante del mundo y con una plantilla que supera los 80.000 trabajadores.

Esta constante tensión imaginativa, creativa y también copiadora de nuevas estructuras jurídicas, prestigiaba enormemente la figura del Jurista y se consideraba imprescindible el asesoramiento jurídico que, por otra parte, también se le exigía.

- 2 Asesores Jurídicos: con esta idea de la demanda y tensión intelectual que a los Juristas se les exigía por los grandes protagonistas de la actividad económica, se conecta la segunda idea que quiero desarrollar y que es que no había capitán de empresa que no tuviera un escudero jurídico de total confianza, juristas importantes a los que encomendaban, antes de arrancar su empresa, la estructura jurídica que debía adoptar la idea económica imaginativa que a ellos se les había ocurrido.

Entre estos escuderos jurídicos de grandes empresarios, os citaré algunos de ellos:

- El Conde de Cadagua en el Banco de Vizcaya, tenía a Isaac González de Echávarri, Abogado del Estado e Ignacio Landa, Registrador Mercantil.
- Gervasio Collar, en el Banco de Bilbao, Agustín Herrán de las Pozas, Abogado del Estado y Faustino García Moncó, ¿Abogado del Estado o Inspector?
- José Ángel Sánchez Asiaín, en el Banco de Bilbao, a José María Concejo, Abogado del Estado.
- Leandro José de Torrónategui, en Babcock Wilcox Española, S.A., a Ignacio Artaza, ilustre Abogado y Profesor de la U.D.
- Enrique Sendagorta, en Petronor, a José Luis Rubio Virseda, Inspector del Timbre y al gran Notario Jesús de Oficialdegui.
- El Conde de Cadagua, en Iberduero, a Félix Sánchez Verde, Magistrado excedente; Pedro Areitio, también Presidente a Ricardo Lezón, Registrador de la Propiedad, a Antón Areitio, Abogado del Estado y Felipe Ruiz de Velasco, Asesor de la Bolsa de Madrid; Iñigo Oriol, a Ramón de Hermosilla Abo-

gado de Madrid, a Fernando Sánchez Calero, Catedrático de Derecho Mercantil, Cruz Martínez Esteruelas, Abogado del Estado, Fernando Díez Moreno, Abogado del Estado, Pepe Serna, Abogado del Estado y Agente de Cambio y Bolsa, Ramón Múgica, Abogado del Estado, Agente de Cambio y Bolsa y Notario.

- Astilleros Ruiz de Velasco, sus propietarios Manolo y Mauri Ruíz de Velasco, a Manuel Ruiz, Abogado y Decano del Colegio de Abogados de Vizcaya.
- Bankunión, así como Inversora de Mondragón S.A., y todo el grupo de Sociedades que dirigía Javier Otaduy Maidagán, contó con un equipo formidable de asesores, destacando en el campo jurídico Mitxel Unzueta Uzcanga.
- En Altos Hornos de Vizcaya, Claudio Boada, Presidente, a José María de Amusátegui, Abogado del Estado; Juan Miguel Villar Mir a David Gómez Escagedo, Abogado del Estado; Juan Luis Burgos, Presidente, a José María Cortina Ruíz, Abogado del Estado, que fue para mí el jurista más agudo y meticuloso de cuantos he conocido.
- En la Farmacéutica FAES, su Presidente Eduardo Fernández de Valderrama, a su letrado Mariano Ucar Angulo.
- Las más importantes navieras a José María Ruiz Bravo, ilustre maritimista, tarea en la que le ha sucedido su hijo José María Ruíz Soroa, siendo también muy destacados los otros maritimistas como Santi Zabaleta, Fernando Meana Green, Ignacio Goitisoló, José M^a Garibi y otros.
- En la Naval de Sestao, Gregorio López Bravo y Víctor García Rodrigo, a Luis Gómez Sanz, Abogado del Estado y Notario.

- Incluso en el mundo político, se hacía imprescindible este asesoramiento, así vemos al Presidente del PNV, Juan Ajuria-guerra, contaba con el ilustre Abogado Carmelo Renovales, o el Lehendakari Carlos Garaikoetxea, con la figura del gran Mercantilista Mario Fernández.
- Y así podríamos continuar con otros que sólo os he citado para hacer un reflejo de la importancia de las estructuras jurídicas por parte de los grandes artífices de la actividad económica, pues había muchos más: José M^a Ruiz Salas, Pedro Rodríguez Sahagún, Juan M^a Vidarte y otros asesores de numerosas empresas.

Pero no todo era positivo, ya que en esa época se daban dos lacras importantes: el abuso de la información privilegiada y el acceso privilegiado a los medios públicos de financiación. Ello explica el gran predicamento que tenía, como he tratado de reflejar, el Cuerpo de Abogados del Estado. Para comprender su fuerza, nada mejor que acceder en el Ministerio de Hacienda, de la calle Alcalá de Madrid, a su tercera planta, Dirección General de lo Contencioso, todos cuyos largos pasillos están cubiertos con el retrato al óleo de los Abogados del Estado que han sido Ministros, encabezados por el número 1, que por Ley se reserva a José Calvo Sotelo. Realmente impresionante.

A mi juicio, quiero con todo lo expuesto destacar que no hay avance económico que se consolide sin una estructura jurídica adecuada, a poder ser pensada y novedosa. Aunque sea una apreciación subjetiva, creo que hoy los grandes artífices de la actividad económica no dan a los Juristas la importancia que tienen en la invención, aplicación y recepción o copia de las estructuras jurídicas que éstos, si no se les demandan, es imposible que creen por puro amor al arte y sin una base económica que las pida

y, por supuesto, las pague. Sólo como confirmación de esta poca importancia que se da a los Juristas en la creación de estructuras económicas me voy a referir, aunque sé que voy a ser criticado, a tres hechos recientes protagonizados por personas de nuestro entorno a las que admiro sumamente preparadas y válidas, pero que pienso acuden poco en demanda de esta colaboración del Mundo del Derecho. Así, los Diarios del 3 de marzo de 2022 dan cuenta de la creación de “Zedarriak” como foro de reflexión por 14 miembros, de los cuales sólo uno era jurista, Juan José Álvarez, Catedrático de Derecho Internacional Privado que en sus escritos se dedica básicamente a la Sociología e ideas políticas, que por cierto públicamente se dio de baja a los pocos días. El 7 de mayo de 2024 otra noticia paralela: un grupo de 10 o 12 personalidades del mundo económico crean la Fundación Artizarra, en la que sólo hay un jurista, Andoni Kortajarena, Director Jurídico de Viscofan. Finalmente, en 2022 Jon Azúa Mendía, ex-Vice-Lehendakari y asesor de Empresas, publica un libro de 300 páginas “Bizkaia 2050” que según confiesa cuenta con la ayuda de 6 investigadores y que está construido básicamente, según él dice, sobre la entrevista de una mañana o incluso 1 día de duración con 25 personalidades de Bizkaia que él cita con nombres y apellidos. Ninguna Jurista.

Esta clara diferencia histórica es más profunda y con mayores consecuencias de las que puede creerse ya que responde a una total brecha cultural entre las dos posiciones que ya expuso magistralmente Chales Percy (C.P.) Snow en su reconocida Tesis sobre “*Las dos Culturas*” que luego recogió en un libro con este título considerado uno de los más importantes del último siglo y según la cual hay una frontera de dos cultura antagónicas, la tradicional, humanística, clásica y que se basa preferentemente en el pasado cuyo reflejo jurídico he defendido y expuesto y la otra cultura científica y tecnológica, que impregna a los protagonistas actuales de la actividad económica. Se podrá discutir cuál de las dos culturas conduce a mejores resultados, pero tengo la ventaja de que la tesis tradicional “uni-

dad de personas diversas y estructuras jurídicas novedosas” tiene a su favor que ha sido la que hizo que Bizkaia fuera el territorio del mundo en proporción a su dimensión con mayor inversión extranjera que se conoce, con empresas como General Eléctrica Española, Westinghouse, Babcock & Wilcox, Shell, Negro de Humo, Dow Chemical, Saint Gauden, Pilkinton Interglass, Eduardo K. L. Earle, Norbega Coca-Cola, Crown, Firestone y otras como la millonaria inversión de la U.S. Steel en A.H.V. Todas estas inversiones dentro de la cultura tradicional: unidad de muy diversos inversores, nacionales y extranjeros, y formas jurídicas bien pensadas.

Haríamos muy bien en abandonar obsoletas dicotomías culturales y abrazar con fuerza una integración de ambas culturas, pero lo veo difícil, ya que la cultura tecnológica actual dominante está muy satisfecha de sí misma y es la que impregna a los poderes públicos a los que señala la elección de los medios adecuados para alcanzar sus fines; la cultura tecnológica de los economistas desarrolla su función proporcionando a los políticos el “*arsenal científico*” necesario para realizar sus experimentos al servicio de su ideología, y a cambio de ello la corriente cultural tecnológica y empresarial se apoya con gusto en los beneficios que en correspondencia les conceden los poderes públicos por lo que, convencida de su fuerza, no la veo nada proclive a esta integración que, sin embargo, siempre tendría plena receptividad en la cultura jurídica tradicional y se beneficiaría de cuanto ésta le pueda aportar. Pero la rentabilidad de dar soporte al Poder Público es muy superior a la de rectificarlo. En contraste, la apoyatura a la cultura jurídica tradicional tiene más riesgos, pero normalmente conduce a más brillantes y duraderos resultados.

Para consumir esta complementariedad que propugno y defiendo entre ambas culturas, pueden proponerse y existen muchas medidas útiles que, a mi entender, podrían ponerse en práctica, pero ello daría materia para otra conferencia.

Naturalmente concluyo, como decíamos entonces, supongo que también ahora, es mi opinión que someto a cualquier otra mejor fundada.

Y así pasamos al segundo apartado que me ha señalado la Academia.

FILOSOFÍA JURÍDICA

En el apartado anterior les he hablado de la aportación de los Juristas de Bizkaia al mundo económico. Ahora me voy a referir a la mayor aportación española a la Filosofía Jurídica, en donde me centro en la Escuela de Salamanca con su desarrollo de toda la doctrina y aplicación del Derecho Natural.

Y comienzo con una de las citas más famosas de Kant: “*Las dos cosas más hermosas de este mundo son las estrellas en el firmamento y la Ley Moral en el corazón de cada hombre*”. Pues bien, dos siglos antes de Kant, la Escuela de Salamanca ya había desarrollado esta misma idea de la Ley Natural en todo hombre. En realidad, esta idea de la Ley Natural es muy anterior, podríamos remontarnos a los filósofos griegos, pero a mí me gusta citar algo que no he visto reflejado en ningún libro de Derecho Natural, lo que me sorprende y es el precioso prólogo o iniciación del Evangelio de San Juan, que seguro muchos recordarán, cuando nos dice: “*En el principio era el Verbo y el Verbo era Dios...*” y continúa un poco más adelante “*el Verbo es la luz verdadera que alumbra a todo hombre que viene a este mundo*”. No puede haber afirmación más clara de la Ley Natural.

Esta idea Kantiana que como he dicho varios siglos antes ya fue desarrollada por la Escuela de Salamanca con todos sus estudios sobre el Derecho Natural y así en ella aparecen figuras señeras como Luis de Molina, Diego de Covarrubias, Fernando Vázquez de Menchaca, Melchor Cano, Francisco de Vitoria, Bartolomé de Carranza, Martín de Azpilicueta (el “Doctor Navarro”), Francisco Suárez, Domingo de Soto etc.

Ellos desarrollan la idea del Derecho Natural como la Ley Moral de todo hombre sobre cuya base ha de construirse el núcleo central del sistema jurídico. De acuerdo con esta idea formulan construcciones, que conviene recordarlas, tan novedosas para aquellos tiempos como las siguientes:

- La soberanía popular, doctrina según la cual la soberanía radica en el pueblo, no en Reyes o Dictadores, base esencial de la Democracia.
- El “*Bonum Commune*”, el Bien Común como fin esencial de la actividad política totalmente apartada de cualquier idea partidista.
- La inadmisión de la tiranía y ejercicio del poder en beneficio del gobernante, hasta el punto de admitir el tiranicidio, tesis fundamental del Padre Mariana en su tratado “*De Regibus*”.
- La idea de la “Comunidad Internacional” de todos los Estados sobre la que el Padre Vitoria construye en sus “*Relecciones*” toda la doctrina del Derecho Internacional Público que luego seguiría con Hugo Grocio y sus grandes Tratados como “*Mare Liberum*” o “*De Iure Belli ac Pacis*”.
- La igualdad de todos los hombres de cualquier raza o condición, idea que sirve de base a las “*Leyes de Indias*” que lograron que la colonización española de América, con todos sus defectos, fuese más humana que la llevada por otros países.
- El principio del consentimiento “de cualquier manera que una persona quiera obligarse, quedará obligada”, fundamento de todos los contratos consensuales, que como los “*pacta sunt servanda*” del Derecho aragonés impregnan todo nuestro Derecho Contractual.

- La doctrina de los “*versari in re illicita*” que tanto estudió el Padre Pereda en su Tesis Doctoral. Todavía le recuerdo como nos repetía constantemente en sus clases: “en situación anti-jurídica, no hay delito culposo”.
- Toda la enorme polémica sobre la licitud del cobro de intereses y la usura. Les diré que este tema era tan preocupante que tengo a disposición de quien desee estudiarlo todos los Archivos con los Dictámenes y estudios que el Consulado de Bilbao encargó a diversos moralistas de gran prestigio para defender el cobro de intereses, así como los límites para que éste no fuera calificado de usurario.

Pero no solamente destacaron en el mundo jurídico, ya que también en otros ámbitos fueron pioneros. Así Domingo de Soto en su estudio sobre los seis libros de la Física de Aristóteles desarrolló toda la teoría de la aceleración constante de un cuerpo en su caída, esencial y muy próxima al descubrimiento de la Ley de la Gravedad por Newton. También a ella se debe el origen de la Ciencia Económica que hoy todos los Tratadistas sitúan en la Escuela de Salamanca.

Si antes he dicho que me sorprende la poca atención de nuestro entorno económico actual a las aportaciones de Bizkaia al mundo de las formas jurídicas, ahora afirmo el total relativismo y positivismo jurídico de nuestros legisladores con total abandono de la apoyatura que supone el Derecho Natural como base del sistema jurídico sustancial, olvidándose de que la Ley Natural en el interior de cada hombre, en contra de la idea Freudiana de que la conciencia es una conveniencia social que nos ata y que el hombre está atezado y predeterminado por el subconsciente, es la mejor garantía de la libertad y plenitud humana.

Es necesaria la vuelta al Derecho Natural sin perjuicio de parcelas que han de quedar reservadas al positivismo. Pero yo soy optimista y así, os

voy a relatar otra historia más de mi larga vida. En una ocasión tuve la suerte de cenar con el gran pensador y filósofo Julián Marías, invitado por José Ángel Sánchez Asiaín. Éramos cuatro personas. En un momento de la cena José Ángel le preguntó: ¿Julián, en tus grandes conocimientos de pensador, ves alguna posibilidad de cambio a las crisis actuales?. Y aquél contestó con toda humildad: “*en mis estudios y por mis conocimientos históricos veo que la Humanidad en los grandes ciclos siempre ha vuelto a aquellos valores que se han considerado positivos*”. Esperemos que así ocurra con la apoyatura del Derecho Natural.

Y pasando al tercer y último apartado,

BIBLIOGRAFÍA

En él os cuento mi última anécdota, totalmente personal. Cuando hace sesenta años ingresé en el Cuerpo de Notarías, por una amistad de mi padre, tuve la gran suerte de poder estar unos días en práctica en el despacho del jurista posiblemente más importante del último siglo y medio, Juan Vallet de Goytisolo, que desde entonces hasta su muerte me profesó una enorme amistad. De él aprendí muchas cosas, pero sólo os voy a relatar tres que considero de gran utilidad:

- Que todo jurista debe escribir. No hace falta que sean grandes libros, es suficiente con pequeños resúmenes o algún artículo, pero debe recoger por escrito sus ideas, así como archivar todas aquellas que vaya recibiendo de otras personas, como ese contrato que tan bien ha redactado un compañero; la demanda presentada por otro; una sentencia bien estudiada, etc. Con todo lo cual vaya formando un archivo personal.
- Que para escribir es muy importante contar con una biblioteca personal, en la que no deben faltar los libros históricos,

pues el Derecho es evolución y así inicié mi afición por la bibliografía jurídica.

- Que todo jurista práctico debe dedicar un tiempo semanal al estudio puramente teórico, normalmente fuera de su despacho. Él así lo hacía y todos los miércoles dedicaba las tardes al puro estudio teórico y luego acudía al Seminario Jurídico del Instituto de Estudios Políticos en el que se reunía con ilustres juristas para tratar de reformas legislativas u otros temas.

A mi juicio son tres medidas fundamentales para el reciclaje y el mantenimiento de la formación de los juristas. Pero muy al contrario, hoy veo que se tiende más a los desayunos de trabajo, charlas colectivas, reuniones en donde 5 o 10 personas cuya calificación y preparación nadie conoce, exponen en 10 minutos sus “geniales” ideas, y ahora, rizando el rizo, se llega a las reuniones de hora y media, a la hora del desayuno o del aperitivo, para instruirnos normalmente en obviedades. Para mí ello sólo es una manifestación más de esa cultura tecnológica predominante que considera que cualquiera puede aportar conocimientos económicos que, por lo visto, son los únicos que interesan. Pero lo cierto es que seguimos en decadencia.

Pero en serio ¿alguien cree que con estas reuniones que sólo alcanzan una mínima asistencia a base de publicidad se mejora la formación de nuestros juristas, economistas y empresarios?; ¿Así pensamos que se crea y atrae talento?

Y termino diciéndoos a modo de resumen que he querido destacar tres ideas importantes: la importancia de los Juristas para la actividad económica, la importancia del Iusnaturalismo en el núcleo central del sistema jurídico y la importancia de la formación continua, seria y personal de los Juristas, dedicando un tiempo semanal al estudio jurídico y participando en la actividad de instituciones como esta Academia Vasca de Derecho.

Es una preciosa costumbre entre nosotros iniciar las intervenciones saludando en Euskera. Conscientemente no lo he hecho así por lo que ahora quiero terminar diciendo: “Niretzat guztiz atsegingarria izan da Zuzenbidearen Euskal Akademiaren ikasturteko Hasierako Hitzaldia ematea. Guztiok daukagu Akademiaren mesederako ekarpenak egiteko betebeharra, bere ikerketa eta ekitaldietarako. Azaldu dudanez, horiek garrantzi eta esanahi handikoak dira ekimen ekonomikoa garatzeko, jakinik, gainera, azken horrek Euskal Herriaren herritar guztien ongizatea areagotu egiten duela. Eskerrik asko!”.

ESTUDIOS/
AZTERLANAK/
FIELD STUDIES

EAEko hizkuntzen koofizialtasuna: *Overruling* kasu bat 85/2023 Konstituzio Auzitegiaren Epaian*

Amaia ETXEBARRIA ZAMALLOA

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 13/12/2025

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/03/2026

Laburpena: Lan honek EAEko hizkuntzen koofizialtasuna aztertzen du, 85/2023 Konstituzio Auzitegiaren Epaiaari buruzko hausnarketa sakona eginez. Epaia horrek 2/2016 Toki Erakundearen Legearen (ETEL) 6.2 artikulua zati bat deuseztatu zuen. Baliogabetutako tartekiak euskara ez jakitea alegatzeko beharra ezabatzen du komunikazioak gaztelaniaz jaso ahal izateko. Erabakiak *overruling* efektua sortu duela, Auzitegiak aurretik (1986an) ezarritako doktrina juridikoa erabat aldatu duela. Epaia 179/2019 Dekretuaren artikulua ugari baliogabetzea ekarri du, euskararen erabilera “pribilegiatutzat” jo duela. Irtenbide gisa, Konstituzioaren 3. artikulua aldatzea proposatzen da, euskara ezagutzeko betebeharra Konstituzioan jasotzeko, hots, euskara eta gaztelania berdintasun baldintzetan jartzeko, euskaldunen hizkuntza-erabakiak eraginkortasunez bermatu daitezkeen.

Gako-hitzak: hizkuntzen koofizialtasuna; toki-erakundeak.

* “Legelari gazteentzako Adrián Celaya Saria”ren IX. Edizioan saritutako lana, Akademia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2024an emana.

Cooficialidad de las lenguas del País Vasco: Resolución sobre el caso 85/2023 — Sentencia del Tribunal Constitucional

Resumen: Este trabajo analiza la cooficialidad de las lenguas en la CAV, realizando una profunda reflexión sobre la STC 85/2023. Esta sentencia anuló parcialmente el artículo 6.2 de la Ley 2/2016, de Entidades Locales (LILE). El inciso anulado elimina la necesidad de alegar el desconocimiento del euskera para que las comunicaciones puedan ser recibidas en castellano. La decisión ha generado un efecto *overruling* porque el Tribunal ha cambiado radicalmente la doctrina jurídica establecida anteriormente (1986). La sentencia ha supuesto la anulación de numerosos artículos del Decreto 179/2019 al considerar “privilegiado” el uso del euskera. Como solución, se propone modificar el artículo 3 de la Constitución para recoger en la Constitución el deber de conocer el euskera, es decir, poner el euskera y el castellano en condiciones de igualdad, de forma que se garanticen eficazmente los derechos lingüísticos de los euskaldunes.

Palabras clave: cooficialidad lingüística; entes locales.

Co-officiality of the Languages of the Basque Country: Overruling Case 85/2023 — Judgment of the Constitutional Court

Abstract: This paper analyzes the co-official status of languages in the Basque Country (CAV), offering an in-depth reflection on Constitutional Court Ruling 85/2023. This ruling partially annulled Article 6.2 of Law 2/2016, on Local Entities (LILE). The annulled clause eliminates the need to claim ignorance of Basque in order for communications to be received in Spanish. The decision has generated an overruling effect because the Court has radically changed the previously established legal doctrine (1986). The ruling has led to the annulment of numerous articles of Decree 179/2019, considering the use of Basque to be “privileged”. As a solution, it is proposed to amend Article 3 of the Constitution to enshrine in the Constitution the duty to know Basque, that is, to place Basque and Spanish on equal footing, so as to effectively guarantee the linguistic rights of Basque speakers.

Key words: co-official languages; local authorities.

AURKIBIDEA: LABURDUREN ZERRENDA.- SARRERA. I.- HIZKUNTZA ANIZTASUNA: 1.1) Hizkuntza aniztasuna Europar Batasunean; 1.2) Hizkuntza aniztasuna Espainian. II.- EUSKARA: HISTORIA ETA ARAUKETA: 2.1) Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutua; 2.2) Eusko Legebiltzarraren 10/1982 Legea, azaroaren 24koa, Euskararen erabilera normalizatzeko oinarritzkoa; 2.3) Legebiltzarraren 2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa (ETEL); 2.4) 179/2019 Dekretua, azaroaren 19koa, Euskadiko toki-erakundee-tan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzkoa. III.- KONSTITUZIO AUZITEGIAREN 85/2023 EPAIA, 2023KO UZTAILAREN 5EKOA: 3.1) Epaiaurreko egoera juridikoa; 3.2) Ebazpenaren ondorioak; 3.3) Planteamendu berriak. IV.- ONDORIOAK: a) *De lege ferenda* proposamenak. V.- BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK: 5.1) Bibliografia; 5.2) Legeria; 5.3) Jurisprudentzia.

LABURDUREN ZERRENDA

AE	Autonomia Estatutua
CoE	Council of Europe (Europako Kontseilua)
EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
EAO	Estatuko Aldizkari Ofiziala
EB	Europar Batasuna
EHAA	Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkaria
EK	Espainiako Konstituzioa
ETEL	Euskadiko Toki Erakundeei buruzko Legea
IVAP	Administrazio Publikoaren Euskal Institutua
JAN	Justizia Auzitegi Nagusia
KAE	Konstituzio Auzitegiaren Epaia
or(r).	orrialdea(k)
zk.	zenbakia
Z.O.	Zuzenbideko Oinarria

SARRERA

Hizkuntzen koofizialtasuna oinarrizko printzipio bat da kultura- eta hizkuntza-aniztasuna babesteko eta sustatzeko European, eta, bereziki, Espainian. Printzipio horrek komunitate ezberdinetako hizkuntza- eta kultura-identitateen errespetuan dauka sustraia, eta Espainiako Konstituzioaren 3. artikulua babesa du. Artikulu horrek hizkuntza koofizialen erabilera eta sustapena aitortu eta bermatzen du dagozkien eskualde autonomoetan.

Testuinguru horretan, Euskal Autonomia Erkidegoa dugu horren adibide argia. Izan ere, bi hizkuntza ofizial, euskara eta gaztelania, elkarrekin bizi dira, legeak babestuta. Euskal Autonomia Erkidegoko hizkuntza-koofizialtasunari buruzko erregulazioa hainbat lege eta dekretutan oinarritzen da, eta horien artean nabarmentzekoak dira 10/1982 Legea, 2/2016 Legea eta 179/2019 Dekretua, Euskal Autonomia Erkidegoko Estatutuarekin batera.

Hala ere, epai batek Euskal Autonomia Erkidegoko hizkuntza-erregulazioan ezarritako oreka astindu berri du. 85/2023 epaiari buruz ari gara, 2/2016 Legearen 6.2 artikulua atal bat ezabatu duena. Epai horrek inflexio-puntua ezartzen du eskualdeko hizkuntza-koofizialtasunari buruzko jurisprudentzian, eta eztabaida bizia sortu du indarrean dagoen araudiaren interpretazioari eta aplikazioari buruz.

Lan honen helburua, Euskal Autonomia Erkidegoko hizkuntza-koofizialtasunaren bilakaera eta inplikazioak zehatz-mehatz aztertzea da, oi-

narrizko arau esparrutik hasi eta aipatutako epaiaren ondorioz sortutako erronka eta eztabaidetaraino. Horretarako, hasteko euskara eta gaztelania hizkuntza ofizial gisa aldi berean egoteko sortutako legedia aztertuko da. Ondoren, epaiaren aurretiazko jurisprudentzia eta doktrina azalduko dira. Eta amaitzeko, 85/2023 epaiaren ondorioei eta horrek Euskal Autonomia Erkidegoko hizkuntza-aniztasunaren babesean eta sustapenean duen eraginari buruzko gogoeta egingo da.

Lanaren xedea betetzeko beharrezko zen ikerketa egite aldera erabilitako metodologia doktrinaren, legeriaren eta jurisprudentziaren azterketan oinarritu da, era egokian jasoak, metodo kontinentalaren arabera. Aipatutako iturriak eskuratzeko tresnei dagokienez, Océano, Dialnet, EAO, EHAA eta CENDOJ datu baseak erabili dira, besteak beste.

I. HIZKUNTZA ANIZTASUNA

1.1) Hizkuntza aniztasuna Europar Batasunean

Hizkuntza-aniztasuna eremu geografiko edo komunitate berean hizkuntza edo hizkuntza-aldaera desberdinak batera egoteari dagokio. Fenomeno hori hainbat testuingurutan ager daiteke, hala nola hainbat hizkuntza ofizial dituzten herrialdeetan, gutxiengo linguistikoak dituzten eskualdeetan edo migrazioaren ondorioz eleaniztun diren komunitateetan.

EBren kasurako, hizkuntzak kultur ondareztat hartzen ditu eta horregatik bultzatzen du hizkuntza aniztasuna bere erakundeetako programeetan eta jardueretan¹. Hain zuzen ere, EBak berak hizkuntza aniztasuna oinarritzko printzipio gisa hartu du, eta horrela jaso du Oinarritzko Es-

¹ EUROPAR BATASUNA. “Lenguas, multilingüismo, régimen lingüístico”. https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_es (Azken kontsulta 2024ko maiatzaren 1ean).

kubideen Gutuneko 41.4. artikuluan: “Toda persona que sea nacional de la UE tiene derecho a utilizar cualquiera de las 24 lenguas oficiales para comunicarse con las instituciones de la UE, y las instituciones deben responder en la misma lengua”².

Europako hizkuntza aniztasuna ordea ez da amaitzen 24 hizkuntza ofizialeetan. Horri lotuta, Council of Europe erakundeko Ministroen Batzordeak Eskualdeetako eta Eremu Urriko hizkuntzen Europako Gutuna³ (ECRML) onartu zuen 1992an. Gutun horren helburua, Europako hizkuntz aberastasuna eta eskualdeetako eta eremu urriko hizkuntzak babestea da, kontuan hartuta horietako asko galzorian daudela eta babestu beharra dutela. Gutunak bermatu nahi du, eguneroko bizitza pribatuan ez ezik, eremu publikoan ere sustatzen direla eskualdeetako eta eremu urriko hizkuntzak. Espainiak 2001eko otsailaren 2an berretsi zuen gutun hori.

1.2) Hizkuntza aniztasuna Espainian

Espainian, hizkuntza-aniztasuna bere errealitate soziokulturalaren berezko alderdi bat da, hainbat hizkuntza dituelako bere lurraldearen barruan. Lurraldez lurraldeko banaketa ezberdina bada ere, onartutako hizkuntza ofizialak hauek dira: gaztelania, Espainiako hizkuntza ofiziala; katalana, Katalunian, Balear Uharteetan eta Valentziako Erkidegoan hitz egiten dena; galiziera, Galiziako berezko hizkuntza eta euskara, Euskal Herrian eta Nafarroako zenbait tokitan hitz egiten dena.

² EUROPAR BATASUNEN KONTSEILUA, PARLAMENTUA ETA BATZORDEA. EBko Oinarrizko Eskubideen gutuna, EBko Aldizkari Ofizialean argitaratua 2012ko urriaren 26an, 41.4. artikulua.

³ EUROPAR BATASUNEN KONTSEILUA. Eskualdeetako eta Eremu Urriko hizkuntzen Europako Gutuna. Estrasburgon sinatua 1992ko azaroaren 5ean.

Espainiako hizkuntza-aniztasuna 1931ko Konstituzioan⁴ ezarri zen lehen aldiz, aurreko konstituzioek, Lehen Errepublikakoak barne, ez baitzuten gai hori jorratu. Hizkuntza-aniztasunari buruzko aurrekari juridiko-konstituzional bakarra Bigarren Errepublikako Konstituzioan dago, 1978ko Espainiako konstituziogileentzat inspirazio iturri izan zena.

Gaur egungo Konstituzioak 3. artikuluan jaso du hizkuntzen inguruko arauketa⁵. Artikulu hori aztertu aurretik ordea, ezinbestekoa da hizkuntza ofiziala zer den zehaztea. Eztabaida ugari egon dira eta ez dago definizio zehatz bakarra. Oro har, lan honetarako hurrengo definizioa izango da oinarri: “Hizkuntza ofiziala Estatuak bere borondatea eta herritarrena adierazteko araubide gisa aitortzen duena da, askotan Konstituzioan ezarrita dagoena”⁶.

EKaren 3. artikulua Espainiako hizkuntza-aniztasuna kultura-ondare baliotsutzat hartzen du, eta ondare hori babestu eta errespetatu beharrezkotzat jasutzen du. Horrez gain, gaztelania Estatuko hizkuntza ofiziala dela ezartzen du, baita ere herritar guztiek ezagutu behar dutela eta erabiltzeko eskubidea dutela.

Gainera, artikulua adierazten du Espainiako beste hizkuntza batzuk ofizialtzat jo daitezkeela autonomia-erkidegoetan, haien estatutuen arabera. Konstituzio-xedapen hori hainbat eskualdetan aplikatu da, hala nola Euskadin euskararekin, Katalunian katalanarekin eta aranerarekin, Galizian galizierarekin, Valentziako Erkidegoan valentzierarekin, Nafarroan euskararekin eremu zehatzetan eta Balear Uharteetan katalanarekin.

⁴ Espainiako Konstituzioa, *Gaceta de Madril*en 344. zk., 1931ko abenduaren 10ean argitaratua, 4. artikulua.

⁵ 1978ko Espainiako Konstituzioa, EAOn 311. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 3. artikulua.

⁶ GURRERA ROIG, M.: “El pluralismo lingüístico” *Revista de estudios políticos*. 1985, 48. zk. 229. or.

Artikulu horrek, ostera, azterketa zehatzago bat egitea eskatzen du, artikulua interpretazioak eta definizioak arazo ugari sortu ditu eta. Horixe egin du URRUTIA BADIOLAK⁷.

Lehenengo 3.1 artikulua horrela dio: “Gaztelania da Espainiako estatuaren hizkuntza ofiziala. Espainiar guztiek dute gaztelania jakiteko egin-beharrak eta erabiltzeko eskubidea”⁸.

“Espainiar guztiek” aipatzen denean, oro har, Espainiako nazionalitatea duten pertsona fisikoak edo juridikoak barne hartzen dituela esan daiteke, biak baitira harreman juridikoen subjektuak. Arazoa desberdina da bizilekua Espainian duten atzerritarrentzat. Ildo horretan, BORRAJO INIESTA esandakoari jarraituz, EKren 13. artikulua eta Kode Zibilaren 27. artikulua arabera, atzerritarrei 3. artikulua aplikatu ahal izango zaie⁹.

Atal horren ostean “gaztelania jakiteko egin-beharrak eta erabiltzeko eskubidea” jaso da. Erabiltzeko duten eskubideari dagokionez, harreman juridiko pribatuetan gaztelania ez ezik beste edozein hizkuntza erabiltzeko eskubidea agerian dago, legezko xedapenetan ezarritako salbuespenak salbu. Gaztelania ezagutzeko betebeharrak, ordea, eztabaida ugari ekarri ditu.

Eztabaida horien inguruan VERNETek kontrakoak diren bi tesi doktrinal bereiztu ditu¹⁰: Alde batekoek, gaztelaniaren ofizialtasuna hizkuntza

⁷ URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: *Lengua vasca, cooficialidad lingüística y relaciones jurídicas ‘inter privados’: Análisis desde la perspectiva del euskera en el Derecho privado español, en el francés y en el de la Unión Europea*. Bilbo: Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea (IVAP), 2016. 305-327 orr.

⁸ Espainiako Konstituzioa, EAOren 311. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 3.1 artikulua.

⁹ BORRAJO INIESTA, IG.: “El status constitucional de los extranjeros”. Ondoko lanean: MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord.): *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor García de Enterría*. Bigarren liburukia *De los Derechos y Deberes fundamentales*. Madril: Civitas argitaletxea, 1991, 697-766 orr.

¹⁰ VERNET, J.; PUNSET, R.: “Lenguas y Constitución”. Madril: Iustel, 2007, 29-31. orr.

hori jakin behar izatearekin lotzen dute ondorio zuzen moduan. Ez oste-
ra gainerako hizkuntza ofizialen kasurako. Beste doktrinaren arabera, es-
painiar guztiek gaztelania ezagutzeko eta erabiltzeko duten betebeharrak
ez du gaztelaniaren ofizialtasunaz bestelako edukirik ematen beste hiz-
kuntzen aldean. Ondorioz, uste dute ezin dela baieztatu ofizialtasun-de-
klaraziotik eratorritako Konstituzioaren araberrako status desberdina da-
goenik gaztelaniaren eta beste hizkuntza ofizialen artean.

URRUTIA LIBARONAK honen inguruan adierazi du hizkuntzen ofizial-
tasun partekatua estatusak hizkuntza-berdintasuna dakarrela. Ez dago
hizkuntza bat beste hizkuntza bat baino ofizialagoa denik¹¹.

Bigarren, 3.2. artikulua: “Espainiako beste hizkuntzak ere ofizialak
izango dira haiei dagozkien autonomia-erkidegoetan, beraietako estatu-
tuekin bat etorritz”¹².

AEak EKaren 81.1 artikuluan araututako onarpen bereziko lege or-
ganiko mota bat dira¹³. EKren 3.2. artikulua honek, hizkuntza koofi-
zialak gaztelaniaren maila berera ekartzen ditu, hauek erabiltzen diren
Autonomia Erkidegoetan. Horrek esan nahi du Konstituzioak hizkun-
tza-koofizialtasun hori ezartzen duela, eta horren zehaztasunak konsti-
tuzionaltasun-blokeko hurrengo mailara igortzen direla, hau da, autono-
mia-estatutueta¹⁴.

¹¹ URRUTIA LIBARONA, I.: “El nuevo régimen jurídico de las lenguas oficiales en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi”. *Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2017, 107. zk. 140. or.

¹² Espainiako Konstituzioa, EAoren 311. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 3.2 artikulua.

¹³ Espainiako Konstituzioa, EAoren 311. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 81.1 artikulua.

¹⁴ SÁNCHEZ AGESTA, L. eta PRIETO DE PEDRO, J.: “Las lenguas de España”. Ondoko lanean: SÁNCHEZ AGESTA, L.; GOIG MARTÍNEZ, J.; PRIETO DE PEDRO, J. eta beste batzuk: *Comentarios*

Azkenik, 3.3. artikulua: “Espainiako hizkuntza-moten aberastasuna kultur ondarea da, eta ondare horrek begirune eta babes berezia izango du”¹⁵.

Atal horri ez zaio inoiz garrantzi handirik eman. Horren inguruan egindako ekarpenen artean, ARZOZ SANTIESTEBANena dago. Arzozen us-tez, EKaren 3.3 artikulua estatu konstituzionalaren kultura-nortasunaren klausula bat da, eta Espainian dauden hizkuntza guztiak eta haien dialektoak aitortzeko eta babesteko adierazpen bat ere bada¹⁶. Beraz, bai autonomia-erkidegoek bai Estatuko Administrazioak Konstituzioaren printzipioen arabera jardun beharko lukete, Espainiako hizkuntza-aniztasunaren errespetua eta babesa sustatuz eta hiztunen eskubideak bermatuz.

Atal guztiak batuta, EKaren 3. artikulua interpretazio ugari eragin ditu adituaren artean. Gainera, AGUIRREAZKUENAGAK dioen moduan, hasiera hasieratik eztabaida honetan, alderdi juridikoarekin batera ideologiak pisu handia izan du, beti ere oinarritzko printzipiotzat hartuta hizkuntza-gatiko bereizkeriarik ez egitea¹⁷.

Orain arte azaldutako guztia kontuan izanda, argi dago Espainiako hizkuntza-aniztasuna aniztasun kultural eta historiko aberatsaren isla dela, baina nazio-nortasunari, eskualde-autonomiari eta hizkuntza-poli-

a la Constitución Española. Tomo I - Preámbulo y artículos 1 al 9 de la Constitución Española de 1978. Madril: Edersa argitaletxea, 2006, 241-283 orr.

¹⁵ Espainiako Konstituzioa, EAOn 311. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 3.3 artikulua.

¹⁶ ARZOZ SANTIESTEBAN, X.: “Lenguas y modalidades lingüísticas en la Constitución Española: ¿Dos regímenes jurídicos diferenciados?”. Ondoko lanean: MILLAN I MASSANA, A. (koord.): *El plurilingüismo a la Constitución Española*. Bartzelona: Generalitat de Catalunya, 2009, Col·lecció Institut d’Estudis Autònoms 65. zk. 61-122 orr.

¹⁷ AGUIRREAZKUENAGA, I.: “Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas”. Ondoko lanean: MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord.): *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor García de Enterría*. Madril: Civitas argitaletxea, 1991, 678-696 orr.

tikei buruzko eztabaida eta tentsio politikoak ere eragin ditu. Lan hone-tan, katalana eta galiziera albo batera utziko dira, baita Nafarroako kasua ere, EAEn euskararen eta gaztelaniaren egoera aztertzea baita helburua.

II. EUSKARA: HISTORIA ETA ARAUKETA

Euskararen jatorriari dagokionez, Europa mendebaldeko hizkuntzarik zaharrenetako bat da, indoeuroparren aurrekoa. Zenbait ikertzailek euskara, iberiera, berebere eta Kaukasoko hizkuntza batzuen artean loturak daudela baieztatu izan dute, baina euskararen sustraien misterioa argitu gabe dago oraindik¹⁸.

Euskara eta zuzenbideari dagokionez, Euskal Herrian zuzenbidearen eta hizkuntzaren arteko erlazioa gai erakargarria izan da askorentzat luza-roan. 1986. urtean BARANDIARANek hurrengo argitaratu zuen:

“Euskalherriak baditu oraino bizikera bereziak, gure lurralde honek eskaintzen dizkion autu bideai eta bere lehendikako joerai erantzunaz eraikiak: batez ere esku langintza, olagintza, nekazaritza, abelzaintza, eiza, arrantza eta merkataritza.

Bizimolde hauen egikera bereziak maiz aipa ditugu gure idazkietan eta beren urratsak usmatu ditugula askotan adierazi degu. Aipa ditzagun orain heuren inguruko zenbait ohikunde eta irizpide: oinpeko legeak eta heuren agerpenak”¹⁹.

Barandiaranen esanetatik ondorioztatu daiteke Euskal Herriak bazituela zenbait ohikunde edo ohitura, bere bizimodua zeozelan arautzeko. Bada,

¹⁸ IGARTUA, I. eta ZABALTA, X.: “Euskara”. Etxepare Euskal Institutoa, BASQUE, 2021, 48-54. orr.

¹⁹ BARANDIARAN, J.M.: “Euskal ohikunde edo legediazaz hitz bi”. RIEV, *Revista Internacional de los Estudios Vascos*, 1986, 31. zk. 523-525 orr.

historian zehar, euskararen presentzia arlo juridikoan aldatzen joan da, eta lurraldez lurralde oso ezberdina izan da. LARRAZABALEK egindako banaketari jarraituta²⁰, gaur egun, Euskal Herrian hiru lege eremu bereiz daitezke.

Batetik, erdiko gunean Nafarroa, bere sistema juridikoa daukana, Aragoiko sistemaren eta *dreyto*²¹ erakundeen antzekoagoa. Bestetik, mendebaldeko lurraldeen artean Araba, Bizkaia eta Gipuzkoa, gaztelako sistema juridikotik eta zuzenbideko erakundeetatik edaten duena. Azkenik, ekialdeko gunea, Lapurdi, Zuberoa eta Nafarroa Behereak osatzen dutena, ohi-turazko zuzenbidea da, gaskoien eta okzitaniarren eragina hartu duena²².

Hala ere, denen artean hainbat erakundeetan badute bateratasuna, zuzenbide pribatuan batez ere; kasurako tronkalitatea, jaraunseak erabakitze-askatasuna, ezkontza bidezko erregimen ekonomikoak, merkataritza-askatasuna eta zerga-salbuespena²³.

Hizkuntza- eta lege-ikuspegitik, egoera elebidun disglosiko gisa defini daiteke, baina ez ordezkapen-disglosia gisa, baizik eta izaera egonkorreko disglosia gisa. Lurralde hauetan, idatzizko hizkuntza juridiko formal bat (latina, gaztelania, gaskoia edo frantsesa, edo nafar-aragoierazko erromantzea) eta ahozko hizkuntza juridiko bat (euskara) aldi berean erabili izan dira. Ondorioz, hainbat egoeratan, hizkuntza eta kultura biak bitartekari izan dira.

²⁰ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S.: “Derecho Público de los Territorios Forales. De los orígenes a la abolición foral”. Oñati: *Administrazio Publikoaren Euskal Institutua* (IVAP), 2004.

²¹ LALINDE ABADÍA, J.: “La ubicación del *Dreyto* de Navarra en el área española del *Directum*”. *Segundo Congreso General de Historia de Navarra*. 1992, 14. zk., 300. or.

²² GOYHENECHÉ, E.: “Les sources du Droit basque. La maison et la famille”. *Le Pays Basque. Soule - Labourd - Basse-Navarre. Société Nouvelle d'éditions Régionales et de Diffusion*, 1979, 245-251. orr.

²³ URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: “El Derecho foral vasco en la Historia”. Ondoko lanean: URRUTIA, A.; ATXABAL, Al. eta beste batzuk: *Practicum de Derecho Civil Foral del País Vasco*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 1995, 25-30. orr.

Lurralde eremu guztiak bateratasun batzuk izan arren, Erdi Arotik gaur egunera arte izandako bilakaera historiko nahiz juridikoa ezberdina izan da gune bakoitzean. Lan honetan aurrera egiteko mendebaldeko lurraldeak hartuko dira oinarri, hau da, Bizkaia, Gipuzkoa eta Araba, Nafarroa eta ekialdeko lurraldeak albo batera utzita, eta historia baino gehiago, arlo juridikoa izango da aztergai.

2.1) Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutua

EKaren 3.2. artikulua ezarritako agindua betez, eta Araba, Bizkaia eta Gipuzkoa lurralde historikoek osatutako EAE eratu ondoren, Gorte Nagusiek EAEko Aeri buruzko abenduaren 18ko 3/1979 Lege Organikoa²⁴ onartu zuten, eta, ondoren, EAEaren barruan erreferendumaren xede izan zen; Gernikako Estatutua ere esaten zaio.

Bere artikuluetan, euskararen eta gaztelaniaren koofizialtasunari dagokionez, 6. artikulua sartu zen. Artikulu horrek ezartzen du euskara Euskal Herriaren berezko hizkuntza dela, eta herritarrek euskara ezagutzeko eta erabiltzeko duten eskubidea bermatzen du, bai eta euskara errespetatzeko betebeharra ere. Era berean, euskal administrazio publikoa behartzen du euskararen ezagutza eta erabilera sustatzera eta herritarrekiko harremanetan erabiltzera, Estatuko oinarrizko legeriaren arabera.

Izan ere, EAeri dagokio euskararen koofizialtasuna arautzea. Beraz, EAEko botere publikoa, politikoa eta berezkoa da euskararen egoera normalizatzeko eta EAEko lurraldeetan euskararen estatusa hobetzeko eskumena duena²⁵.

²⁴ 3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutuari buruzkoa, EAoren 306. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua.

²⁵ URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: “Lengua vasca, cooficialidad lingüística...”, *op. cit.*, 329. or.

Gainera, EKan gaztelania jakiteko betebeharra jaso arren, Aeko 6. artikuluko 3. paragrafoan ezartzen da: “3. Nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua”²⁶.

2.2) Eusko Legebiltzarraren 10/1982 Legea, azaroaren 24koa, Euskararen erabilera normalizatzeko oinarritzkoa

Euskararen erabilera normalizatzeko azaroaren 24ko 10/1982 Oinarritzko Legeak²⁷ Aeren 6. artikulua garatzen du eta EAEan euskararen eta gaztelaniaren erabilera arautzea du helburu. EAEko lurraldean euskararen eta gaztelaniaren koofizialtasun-estatusa ezarri ondoren, lege hori funtsezko tresna da euskararen normalizaziora zuzendutako arau guztiak legez garatzeko.

Atariko tituluaren barruan, euskara eta gaztelania agertzen dira, Euskal Herriko berezko hizkuntza gisa lehena eta ofizialak biak Euskal Herrian.

“2. artikulua. Euskal Herriko berezko hizkuntza euskara da. 3. artikulua. Euskal Autonomia Erkidegoko hizkuntza ofizialak euskara eta gaztelania dira. 4. artikulua. Botere publikoek neurri egokiak hartu eta zainduko dituzte Euskal Autonomia Erkidegoan hizkuntza dela-eta inor diskriminatu ez dadin”²⁸.

²⁶ 3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutuari buruzkoa, EAoren 306. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua, 6.3. artikulua.

²⁷ 10/1982 Legea, azaroaren 24koa, Euskararen erabilera normalizatzeko oinarritzkoa, EHAAren 160. zk., 1982ko abenduaren 16an argitaratua, eta EAoren 100. zk., 2012ko apirilaren 26an argitaratua.

²⁸ 10/1982 Legea, azaroaren 24koa, Euskararen erabilera normalizatzeko oinarritzkoa, EHAAren 160. zk., 1982ko abenduaren 16an argitaratua, gero EAoren 100. zk., 2012ko apirilaren 26an argitaratua, 2., 3., eta 4. artikulua.

5. artikuluan aitortzen da EAEko herritarrek hizkuntza ofizialak jakiteko eta erabiltzeko eskubidea dutela, bai ahoz, bai idatziz, Administrazioarekin eta EAEn kokatutako edozein erakunde edo entitaterekin harremanak euskaraz edo gaztelaniaz izateko eskubidea barne.

6. artikulua arabera, herritar guztiek dute eskubidea EAEko Administrazio Publikoarekiko harremanetan euskara edo gaztelania erabiltzeko eta aukeratutako hizkuntzan arreta jasotzeko. Hainbat pertsona dituzten espedienteetan, botere publikoek aldeek adostutako hizkuntza erabiliko dute. Artikuluaren azken atalean esaten zen adostasunik ez badago, espedientea sustatu zuenaren hizkuntza erabiliko zela, eta alderdi guztiei nahi duten hizkuntzan jakinaraziko zaiela bermatuko zela. Hala ere, 10/1982 Legearen 6. artikulua 2. paragrafoa 2012an indargabetu zen²⁹. Aldaketa horrek esan nahi du jada ez dela aplikatzen hizkuntzen erabilerari buruzko xedapena pertsona bat baino gehiagoko prozeduretan, eta hizkuntza ez dela aukeratzen elkarren arteko adostasunez edo espedientea hasi duen pertsonak.

Ondoren, bigarren tituluan, banan-banan zehazten da euskararen normalizazioa zein eremutan garatuko den: herri-administrazioa, justizia-administrazioa, toki-administrazioa, etab. Izan ere, lege honek EAEko administrazio publiko guztiei eragiten die.

Eskema hirukoitz hau —Konstituzioa, AE eta 1982ko Euskararen Erabilera Normalizatzeko Oinarriko Legea— EAEn indarrean dagoen hizkuntza-koofizialtasunaren erregimenaren oinarri izan da urte askoan, 2016. urtean ETEL egin zen arte³⁰.

²⁹ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 169/1983, ekainaren 29koa.

³⁰ 2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa, EHAAren 70. zk., 2016ko apirilaren 14an argitaratua eta EAOn 105. zk. 2016ko maiatzaren 2an argitaratua.

2.3) Legebiltzarraren 2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa (ETEL)

EHAak 2016ko apirilaren 14an argitaratu zuen Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legea, EAEko udalerrien funtzionamendu-araubidea jasotzen duen lehen legea.

Lege hori 2016ko apirilaren 15ean sartu zen indarrean, eta, Gernikako Estatutuarekin, Kontzertu Ekonomikoarekin eta Lurralde Historikoen Legearekin batera, Euskadiko barne-arkitektura instituzionala osatzea dakar. Lege hau egitea, ordea, ez zen egun batetik besterako kontua izan. 35 urte baino gehiago behar izan ziren udal-lege bat argitzeko. Ordura arte, EAE toki-araubidearen arloko eskumena berariazko lege arautzaile baten bidez garatu ez zuen autonomia-erkidego bakarra zen³¹.

BAZAKOK eta ETXANOBEK eman zituzten atzerapen horren arrazoi nagusietako batzuk³². Arrazoi horien artean dago euskal legegileak euskal administrazioa arautzeko zuen tarte txikia; izan ere, egitura berezia zuen. Gainera, euskal legegileak lehentasuna eman zion lurralde historikoen posizio instituzionala definitzeari, eta Estatuak, bien bitartean, Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen apirilaren 2ko 7/1985 Legea³³ eta Toki Araubidearen arloan indarrean dauden lege xedapenen testu batregina onartzen duen apirilaren 18ko 781/1986 Legegintzako Errege

³¹ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S.: “Zume hauekin...ekin lanari. Reflexiones sobre la génesis, naturaleza e inserción de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi en el peculiar sistema de fuentes del Derecho vasco”. *Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2017, 107. zk., 24. or.

³² BAZAKO ATUTXA, P. eta ETXANOBE LANDAJUELA, E.: “Ley Municipal de Euskadi. ¿Esta vez sí?”. *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, 2015, 8. zk. 66-85. orr.

³³ 7/1985 Legea, apirilaren 2koa, Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen, EAOn 80. zk. 1985eko apirilaren 3an argitaratua.

Dekretua³⁴ onartu zituen, eta horien edukiek are gehiago mugatzen zuten euskal legegile autonomikoaren eskumen tartea.

Azkenean, 35 urte geroago, lege hau egitea lortu zen, eta Bazako eta Etxanoberen hitzak jarraituz, legea onartzeak aukera eman zuen EAEko legegileak, lehen aldiz, toki-araubideko sistema propio bat egituratzeko, Estatuan, Nafarroako Foru Komunitatean izan ezik, antola daitekeenetik erabat berezia. Azken batean, bi zutabetan oinarritzen den toki-araubideko sistema bat: eskumen-sistema bat eta araubide erkidean indarrean dagoenaz bestelako finantzaketa-sistema kualitatibo bat³⁵.

Izan ere, RAZQUINEK argudiatu zuen bezala, oso beharrezkoa zen lege hau egitea, toki erakundeei dagokien lekua emateko eta EAEn berezko marko instituzionala ezartzeko besteak beste³⁶. Legeak berak, zioen azalpenaren barruan jaso zuen ETEL funtsezko pieza bat dela, euskal erakunde-sistemaren muina, eta, beraz, Lurralde Historikoen Legearekin batera, Euskadiko barne-instituzionalizazioaren prozesua ixten duen legetzat hartu behar dela³⁷.

URRUTIA LIBARONAK ere jardun zuen lege horren inguruan. Bere esanak jarraituz, Toki Erakundeei buruzko Legeak bere gain hartu duen ardura udalen autonomia indartzea izan da, baita hizkuntzari dagokionez

³⁴ 781/1986 Legegintzako Errege Dekretua, apirilaren 18koa, Toki Araubidearen arloan indarrean dauden lege xedapenen testu bategina onartzen duen, EAoren 96. zk. 1986ko apirilaren 22an argitaratua.

³⁵ BAZAKO ATUTXA, P. eta ETXANOBE LANDAJUELA, E.: “Ley Municipal de Euskadi...”, *op. cit.*, 69-70. orr.

³⁶ RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M.: “La Ley de Instituciones Locales de Euskadi: visión general y encuadre del nivel institucional”. *Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 2017, 107. zk. 58. or.

³⁷ 2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa, EHAAren 70. zk., 2016ko apirilaren 14an argitaratua eta EAoren 105. zk. 2016ko maiatzaren 2an argitaratua, Zioen azalpenaren V. atala.

ere. Horri esker, udal hizkuntza-politika bere errealitate soziolinguistiko berezira eta bere ezaugarri eta behar zehatzetara egokitu ahal izango da³⁸.

ETELek aldaketa nabarmenak egin ditu toki-erakundeetan hizkuntza ofizialak erabiltzeari dagokionez. Euskararen erabilera normalizaturako oinarri berriak nabarmentzen dira, guztion hizkuntza aukeratzeko eskubideak bermatuz. Halaber, “euskararen bizi-guneak” edo “arnasguneak” bezalako kategoria berriak sartzen dira, definizio zehatza behar dutenak. Gainera, tresna berriak ezartzea aurreikusten da, hala nola plan eta proiektuetan hizkuntza-inpaktua ebaluatzea, funtzionario hautetsien artean euskararen ikaskuntza sustatzeko neurriak eta kontratuetako hizkuntza-klausulak.

Zalantza barik, LARRAZABALEK bere lanean jaso zuen lez, ETEL honela defini daiteke: Lege integral gisa, estatuaren toki-arloko oinarrizko legeria modu orokorrean garatzen duen lege gisa, euskal eskubide historikoak eguneratzen dituen lege gisa eta euskal erakundeen arteko eskumen-zedarritzea osatzen duen lege gisa³⁹.

2.4) 179/2019 Dekretua, azaroaren 19koa, Euskadiko toki-erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzkoa

Behin ETEL indarrean sartuta, 3 urte geroago, 179/2019 Dekretua egin zen Euskadiko Toki Erakundeei buruzko Legea garatzeko asmoarekin. Dekretu horrek, Euskadiko toki-erakundeetan gaztelaniarekin batera euskararen erabilera normalizatzeko arauak ezartzen ditu. Herrita-

³⁸ URRUTIA LIBARONA, I.: “El nuevo régimen jurídico de las lenguas oficiales...”, *op. cit.*, 131. or.

³⁹ LARRAZABAL BASAÑEZ, S.: “Zume hauekin...ekin lanari. Reflexiones sobre...”, *op. cit.*, 36. or.

rrren hizkuntza-eskubideak bermatzeko, euskararen erabilera sustatzeko eta administrazio-eremuan gaztelaniaren erabilerarekin orekatzeko sortu zen. Hizkuntza-arloko udal-eskumenak artikulatzen ditu, eta berdintasuna, diskriminaziorik eza eta tokiko hizkuntza-autonomia bezalako printzipioak ezartzen ditu.

Dekretuak zazpi kapitulu ditu: xedapen orokorrak, hizkuntza-gaitasunak, hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa, seinaleak eta toponimia, eta hizkuntza-inpaktuaren ebaluazioa. Gainera, kontrol- eta jarraipen-neurriak jasotzen ditu, betetzen direla ziurtatzeko. Artikuluek hainbat alderdi arautzen dituzte, hala nola herritarrek administrazioarekiko komunikazio-hizkuntza aukeratzeko duten eskubidea, euskararen erabilera udal-dokumentazioan eta -zerbitzuetan, eta euskararen sustapena publizitate aktiboan eta erakunde arteko harremanetan.

Aurrerago aztertuko den epaiari dagokionez, dekretu honen 18. artikuluari berebiziko garrantzia eskeini behar zaio. 179/2019 Dekretuaren 18. artikulua ezartzen du Euskal Autonomia Erkidegoko toki-erakundearen deialdiak, gai-zerrendak, mozioak eta gainerako dokumentazioa euskaraz idatzi daitezkeela, tokiko araudiaren arabera. Gainera, euskara edo gaztelania erabiltzeak kideren baten eskubideak kaltetu baditzake hizkuntza ez jakiteagatik, itzulpen bat emango da beste hizkuntza ofizialera⁴⁰. Bada, artikulua hau partzialki deuseztatu zen. Horren arrazoiak aurrerago azalduko dira.

Arau guzti hauek kontuan izanik, euskara, gaztelaniarekin batera, hizkuntza ofiziala da EAEan, eta bertako biztanleek euskaraz bizitzeko eskubidea dute. Beraz, biztanle orok bere harreman publiko zein pribatuetan eskubidea du euskaraz jarduteko, bai eta idazki ofizialak zein

⁴⁰ 179/2019 DEKRETUA, azaroaren 19koa, Euskadiko toki-erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzkoa. EHAA, 2019ko azaroaren 22a, 179. zk. 18. artikulua.

epaiak euskaraz jasotzeko. Betebehar bat da gaztelania ezagutzea, baina betebehar hori beteta, euskara eta gaztelania maila berean geratzen dira, eskubide eta betebehar berberekin. Errealitatean ordea, horrela al da? Benetan euskara gaztelaniaren maila berean al dago?

Azkenaldian sententzia batzuk euskararen aurkako jarrera agertu dute, euskararen ofizialtasuna zalantzan jarri dute. Eredu nagusitzat Konstituzio Auzitegiaren (KA) 85/2023 epaia hartuta, horren azterketari ekingo zaio hurrengo atalean.

III. KONSTITUZIO AUZITEGIAREN 85/2023 EPAIA, 2023KO UZTAILAREN 5EKOA

Epaia honen jatorria 2020ko urtarrilaren 21ean dago. Egun horretan, Vox eta PP alderdi politikoek administrazioarekiko auzi-errekurtsoa aurkeztu zuten EAEko JANko Administrazioarekiko Auzien Salan, EAEko toki-erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera arautzen duen azaroaren 19ko 179/2019 Dekretuaren aurka. Errekurtsoetan, ETELen hainbat artikuluren eta 179/2019 Dekretuaren zenbait termino deuseztatzeko eskatu zuten, EKren aurkakoak zirela argudiatuz.

Egoera ikusita, EAEko Auzitegi Nagusiko Auzitegi Judizial Administrazioaren Salaren Hirugarren Sekzioak erabaki zuen konstituzio aurkakotasun arazoa planteatzea Eusko Legebiltzarraren apirilaren 7ko 2/2016 Legearen 6.2 artikuluari dagokionez, Konstituzioaren 3., 9.3., 14. eta 23. artikulua urra zitzaizkelakoan.

Eskaera horri erantzunez, Eusko Jaurlaritzaren zerbitzu juridiko nagusiko letradua konstituzio kontrakotasun-arazoa planteatzearen aurka agertu zen, Legearen tarteki eztabaidatuak ekainaren 26ko 86/1986 KAEak hitzez hitz jasotzen dituela alegatuz. Baina, zenbait prozeduraren ondoren, 2021eko irailaren 7ko autoaren bidez, EAEko JANko Admi-

nistrazioarekiko Auzien Salak ETELen 6.2 artikuluari buruzko konstituzio-kontrakotasuneko arazoa planteatu zuen. Artikulu horren interpretazioan eta aplikazioan desadostasunak egon ziren, batez ere EKan ezarritako hizkuntza-eskubideei eta berdintasunari dagokienez. ETELen 6. artikulua ezartzen du euskara eta gaztelania hizkuntza ofizialak direla Euskal Autonomia Erkidegoan. Toki-erakundeek bermatu behar dute herritarrek eskubidea dutela haiekin harremanetan jarri eta hizkuntza horretan artatu nahi duten hizkuntza aukeratzeko. Gainera, dokumentu ofizialak euskaraz idatz daitezke, baldin eta ulertzen ez dutenen eskubideei eragiten ez bazaie. Dokumentu horiek euskaraz bidali behar zaizkie Autonomia Erkidegoko eta Estatuko administrazioei⁴¹.

Epaian, artikulu honen bigarren atala eztabaidatu zen gehienbat. KAEn adierazten da 6.2 artikulua konstituzioaren aurkakoa izan daitekeela, EKaren 3. eta 14. artikulua urratzen direlako, gaztelaniaren erabilera mugatzen baitu interesdunak euskara ezagutzen ez duen kasuetara, eta eragotzi egiten baitio gaztelania askatasunez erabiltzeko konstituzio-eskubidea baliatzea.

Bada, Konstituzio Auzitegiak erabaki zuen partzialki onartzea EAEko JANko Administrazioarekiko Auzien Salaren Hirugarren Atalak planteatutako konstituzio-kontrakotasuneko arazoa. Ondorioz, Eusko Legebiltzarraren apirilaren 7ko 2/2016 Legeak, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoak, 6.2 artikuluan jasotako “que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera” zatiaren konstituzio-kontrakotasuna eta deuseztasuna deklaratu zituen. Epaian, ordea, epaile guztiak ez ziren ados egon, epai horrek doktrinaren erabateko aldaketa baitzekarren.

⁴¹ Legebiltzarraren 2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa. EAOn 105. zk., 2016ko maiatzaren 5a.

3.1) Epaiaurreko egoera juridikoa

ETELen 6.2 artikularen konstituzio aurkakotasuna ulertzeko ezinbestekoa da denboran atzera egin eta ordura arte doktrinak gaiaren inguruan esan duena aztertzea. Aurretik aipatu izan den bezala, arazoa planteatu aurretik, LARBURU AIZPURUA, Eusko Jaurlaritzaren zerbitzu juridiko nagusietako abokatua, EAEko administrazioaren izenean eta hura ordezkatzuz konstituzio aurkakotasunaren kontra agertu zen, legearen tarteki eztabaidatuak ekainaren 26ko 86/1986 KAEak hitzez hitz jasotzen dituela alegatuz.

Behin arazoa planteatuta, epaileen artean ere, desadostasunak egon ziren eta DIEZ BUESO magistratuak bere desadostasuna agertu zuen gehiengoaren iritziaurrean boto partikularra emanaz. Boto horretara ekarri zuen aurretik LARUBURAK aipatutako KAREN epaia.

Izan ere, KAREN 85/2023 epaian zehar askotan aipatzen da aurretik gai honen inguruan zegoen doktrina eta jurisprudentzia, bereziki, 82/1986 KAE hau, ekainaren 26koa. Epaia horretan hizkuntza koofizialei buruzko doktrina garrantzitsua ezarri zen, batik bat, 9. zuzenbide oinarrian: “Las alegaciones del Abogado del Estado de que la posibilidad de utilización de una única lengua oficial por parte de los poderes públicos (...) significa la exclusión en tales casos de un idioma de uso oficial en la Comunidad Autónoma, (...) no tienen en cuenta que la utilización por los poderes públicos de una sola de las lenguas cooficiales puede hacerse indistintamente (...) siempre que no se lesionen los derechos de ningún interesado que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada, lo que sólo puede hacerse respecto de lengua distinta del castellano”⁴².

Bada ETELen 6.2 artikulua guztiz bat dator zuzenbide oinarri honetan datorren doktrinarekin, doktrina horren arabera berezko hizkuntza ez ezagutzea delako komunikazioak gaztelaniaz jasotzeko eskubide kons-

⁴² Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 82/1986, ekainaren 26koa, 9. Z.O.

tituzionala justifikatzen duen arrazoia. Beraz, hainbeste aldiz aipatutako epai hau, berez, kontuan izan zen ETEL egin zenean, inolako konstituzio kontraktotasunik ez sortzeko helburua betez.

Horrez gain, KAren 85/2023 Epaia 4. oinarri juridikoaren arabera, ETELen 6.2 artikuluan “que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera” tartekia EKren aurkakoa eta baliogabea da. Baldintza horrek hizkuntza-oreka hausten duela argudiatzen da, gaztelaniaren erabilera euskara ez jakitearen baldintzapean geratzen baita, eta horrek toki-korporazioko kideen hizkuntza-eskubideak arrazoirik gabe murriztea dakar. Justifikazio horrek, ordea, ez ditu kontuan hartzen zenbait gogoeta garrantzitsu.

Lehenik eta behin, doktrina konstituzionalak ez du baieztapen hori babesten duen aurrekaririk. Izan ere, jurisprudenzia ezartzen du gaztelania jakiteko betebeharra nahitaezkoa dela botere publikoen arauak eta jarduerak ulertzeko, baina ez du bazterten beste hizkuntza koofizial batzuk erabiltzea. Ondorioz, “El deber constitucional de conocimiento de castellano (...) es en realidad el contrapunto de la facultad del poder público de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos sin que éstos puedan exigirle la utilización de otra (...) para que los actos de *imperium* que son objeto de comunicación desplieguen de manera regular sus efectos jurídicos”⁴³. Horrela jaso du ekainaren 28ko KAren 31/2010 Epaia bere 14. zuzenbideko oinarrian.

Jurisprudenzia hori guztiz koherentea da aipatutako 82/1986 KAErekin, honako hau adierazi baitzuen: “la utilización por los poderes públicos de una sola de las lenguas cooficiales puede hacerse indistintamente, por propia iniciativa o incluso a elección de los interesados, cuando así se regule, siempre que no se lesionen los derechos de ningún interesado que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada, lo

⁴³ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 31/2010, ekainaren 28koa, 14. Z.O.

que solo puede hacerse respecto de lengua distinta del castellano. El que todo el procedimiento pudiera realizarse en euskera es consecuencia natural del carácter oficial de esta lengua en la Comunidad Vasca, que conlleva la eficacia, en su ámbito, de las actuaciones realizadas en la misma”⁴⁴.

Epai horrek berak aitortzen du gaztelania baztertzeak kalte egingo liekeela beste hizkuntza koofizial bat ez jakitea baliozkotasunez alegatu dezaketen herritarren eskubideei. Horrek iradokitzen du gaztelania jakitea funtsezko elementua izan dela hizkuntza-koofizialtasunaren araubidea eratzeke eta herritarrek hura erabiltzea eskatzeko duten eskubidean, berriz ere, konstituzio aurkakotasun arazoak ekidituz.

Orain dela gutxiago, 2010. urtean alegia, ekainaren 28ko KAren 31/2010 Epaia 23. zuzenbideko oinarrian hizkuntzen “erabilera normala”ri buruzko doktrina jaso zuen. Epaian, 6.2 artikulua interpretazioa egiterakoan ondorioztatzen da euskarak lehentasuna duela gaztelaniaren aurretik, euskara ez jakitera baldintzatzen delako gaztelaniaz jarduteko aukera eta horrek gaztelania bigarren mailako hizkuntza izateko suposatzen duelako epaileen ustez.

KAren 31/2010 epaiaren 23. zuzenbide oinarriak horrela dio: “Toda lengua oficial es (...) lengua de uso normal por y ante el poder público. También, en consecuencia, lo es el castellano por y ante las Administraciones públicas catalanas, que, como el poder público estatal de Cataluña, no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales”⁴⁵. 31/2010 KAE honetan, egindako aurrerapenak gorabehera, gaztelaniaren eta eskualdeetako hizkuntza ofizialen ezagutzaren betebeharrari buruzko interpretazio argi eta sinesgarria ezarri ez izana kritikatu da⁴⁶.

⁴⁴ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 82/1986, ekainaren 26koa, 9. Z.O.

⁴⁵ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 31/2010, ekainaren 28koa, 23. Z.O.

⁴⁶ LÓPEZ BASAGUREN, A.: “Nación y lengua en el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista general de derecho constitucional*, 2011, 13. extra. zk. 5. or.

Konstituzio Auzitegiak 31/2010 KAEren 23. oinarri juridikoan ezarritako “oreka barkaezinaren” doktrinara jo zuen, konstituzionaltasun-irizpideak nabarmen zabaldu baitzituen. Epai horrek, ordea, ez zuen baztertzeko katalanaren sustapenean eta hedapenean hizkuntza hori gaztelania baino gehiago erabili ahal izatea, baina gaztelania normaltasunez ez erabiltzea debekatzeko zuen⁴⁷. Gainera, aitortzen zuen hizkuntza aukeratzeko eskubideak mekanismoak eska zitzakeela herritarrek komunikazioak gaztelaniaz jaso zituzaten. Hala ere, mekanismo horiek ez zituzten hain formaltasun eta baldintza zorrotzak ezarri behar, herritarrak subjektu aktibo bihurtzeko Administrazio publikoarekiko harremanetan. Auzitegiak baieztatu zuen partikularrek bi hizkuntzen artean aukera dezaketela botere publikoarekin dituzten harremanetan, baldintza berdinetan eta formalitate eta betekizun desberdinik gabe.

Beraz, bi hizkuntza ofizialak, gure kasuan euskara eta gaztelania, erabileran normalekoak dira. Kasu honetan arazoa da lehentasunaren doktrina hau, lehentasunik ezartzen ez duen arau bati aplikatzen zaiola, hizkuntza propioaren “erabileran normala” besterik arautzen ez duen arau bati alegia. ETELen 6.2 artikulua berez, doktrina konstituzionalak etengabe baimendu dituen mugen barruan aplikatzen da, ez baitio inondik eta inora ere euskarari lehentasunik ematen.

Horren harira, Vernetek EKaren 3.1 artikulua inguruan egindako doktrina bien bereizketa berriro aipatzea ezinbestekoa da. Bigarren doktrinaren arabera, aurretik aipatu den moduan, hizkuntza bat jakiteko derrigortasuna ez da ofizialtasunaren ondorio. Beraz, horrek ezinezko

⁴⁷ ARZOS SANTIESTEBAN, X.: “Las consecuencias de la confusa doctrina constitucional sobre el ‘equilibrio inexcusable’ entre las lenguas oficiales: a propósito de la STC 85/2023, de 5 de julio”. Escola d’Administració Pública de Catalunya. *Lengua i Dret Aldizkaria*. 2024ko maiatzaren 16an argitaratua. <https://eapc-rld.blog.gencat.cat/2024/05/16/las-consecuencias-de-la-confusa-doctrina-constitucional-sobre-el-equilibrio-inexcusable-entre-las-lenguas-oficiales-a-proposito-de-la-stc-85-2023-de-5-de-julio-xabier-arzos-santis/> (Azken kontsulta 2024ko maiatzak 18).

egiten du alegatzea hizkuntza horretan emandako egintza eta arauen komunikazio, jakinarazpen edo argitalpenak ez ulertzea. Vernetek bere liburuan jaso zuen argi: “Este último sector doctrinal entiende que los efectos de la declaración de oficialidad son los mismos, tanto para la lengua castellana (art. 3.1. CE) como para el resto de lenguas españolas diferentes del castellano, de conformidad con los respectivos Estatutos de Autonomía (art. 3.2. CE), en la medida que la Constitución no prevé ningún tipo de reserva ni distingue tampoco nociones diferentes para caracterizar la oficialidad de una y otra lengua”⁴⁸.

Horrez gain, epaiak, azalpen gehiagorik gabe, 3. zuzenbideko oinarrian, lehentasunaren doktrina zabaltzen du, beren-beregi ezartzen duten arauetatik haratago, kargak edo betebeharrak partekatzen dituzten formalitateak edo baldintzak ezartzen dituzten arauetara. EAEko legearen 6. artikulua 3. paragrafoak, oster, 31/2010 KAEren 23. oinarri juridikoaren zatiaren amaiera transkribatu besterik ez zuen egiten. EAEko legeak berak dio bermatu egin behar dela herritarrek komunikazio horiek beste hizkuntza ofizialean jasotzeko duten eskubidea gauzatu ahal izatea herritarrei zama edo betebeharra dakarkien formaltasunik eta baldintzarik gabe⁴⁹. Baina epaiak aldarrikatzen du legeak guztiz kontrakoa egiten duela, eta karga edo obligazio bat ezartzen duela defendatzen du.

Gainera, 2018ko otsailaren 8ko 11/2018 KAEak 4. zuzenbideko oinarrian hurrengo jaso du: “La normalidad en el uso constituye un presupuesto de la oficialidad y una propiedad de la lengua que es. Por el contrario, la determinación de la preferencia en el uso de una lengua oficial respecto de otra (u otras) no es compatible con la Constitución”⁵⁰.

⁴⁸ VERNET, J. eta PUNSET, R.: “Lenguas y Constitución”, *op. cit.*, 29-31. orr.

⁴⁹ Legebiltzarraren 2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa. EAOn 105. zk. 2016ko maiatzaren 5ean argitaratua, 6.3 artikulua.

⁵⁰ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 11/2018, otsailaren 8koa, 4. Z.O.

Baieztapen hori oinarri hartuz, KAEak 85/2023 epaiko 3. zuzenbide oinarrian dio “Cabe indicar a tal efecto que es irrelevante que la atribución de un estatus inferior a cualquiera de las lenguas oficiales se realice de modo expreso declarando de uso preferente de la otra lengua española o a través de la imposición a los ciudadanos de formalidades o condiciones que comporten cargas u obligaciones para poder ejercitar el derecho a la libre opción lingüística”⁵¹. Hori irakurruta, BUESok bere boto partikularrean jaso zuenari jarraituz, gehiengoak ez zuen 11/2018 eta 31/2010 KAEen interpretazio egokia egin.

2013ko irailaren 26ko 165/2013 KAEak ere jaso zuen erabilera normalaren inguruko arauketa: “Desde la perspectiva constitucional, el ejercicio de la potestad legislativa en materia lingüística encuentra sus límites en la necesaria preservación de la garantía de uso normal de las lenguas cooficiales y en la prohibición de medidas excluyentes, peyorativas o desproporcionadas que impliquen un desequilibrio para alguna de las lenguas oficiales”⁵². Baina aurretik aipatutako argudioak mantenduz, ETE-Len 6.2 artikulua bat dator 165/2013 KAEk jasotakoarekin ere.

Hau guztia jakinda ere, epaiaren gehiengoaren iritziak kontrako jarrera defendatzen du, argudiatuz hizkuntza-oreka hautsi egiten dela, gatzelaniaren erabilera euskara ez jakitearen baldintzapean jartzen delako. Normalean, epaiak ebaztean aurretik dagoen doktrina eta jurisprudentzia erabiltzen da oinarri. Hemen ordea, nahiz eta epaian zehar gehiengoak 82/1986 KAE askotan aipatu, bai eta 31/2010 KAE eta beste hainbat, ez zuten doktrina hori oinarri hartu eta haien ebazpena emateko, doktrina erabat aldatu zuten. Efektu hori gizartean *overruling* izenarekin ezagutzen da.

Efektu hori ematen da epaitegiak bere jurisprudentzia albo batera utzi eta doktrina erabat aldatzen duenean ebazpen bat ematerakoan. Zuzenbi-

⁵¹ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 85/2023, uztailaren 5ekoa, 3. Z.O.

⁵² Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 165/2013, irailaren 26koa, 5. Z.O.

dean oso garrantzitsua da jurisprudentzia eta doktrina oinarri hartzea berti antzeko gaiak epaitzerakoan, bereizkeriak edo egoera berean ebazpen desberdinak ez emateko. Batzuetan, hala ere, ezinbestekoa da doktrina horretan aldaketak egitea, gizartea aurrera doan heinean zuzenbidea ere gizarte horretara moldatu behar delako.

Aldaketa horiek, aldiz, aurrerapauso bat izan beharko lukete, esan bezala, gizartean ematen diren ohitura eta usadio aurrerapenetara egokitze-ko. Hemen, ostera, epaiak aurretik zegoen doktrina albo batera uztean izugarritzko atzerapausoa eragiten du euskal hizkuntzaren aurrerapen eta sustatze prozesuan, 1986 aurretik zegoen egoerara itzuliz.

3.2) Ebazpenaren ondorioak

Behin konstituzio kontraktotasun-arazoa ebatzita, EAEko Auzitegi Nagusiak, 2020ko urtarrilaren 21ean Vox eta PP alderdi politikoeek jarritako demandak ebatzi zituen. Bi demandak 2020ko urtarrilaren 21ean aurkeztu ziren, baina prozedurak etenda geratu ziren 2021eko azaroan 45/2020 prozedura arruntean planteatutako konstituzio kontraktotasun-arazoa ebatzi arte.

85/2023 KAEan emandako oinarriek eta argudioek berehala ekarri zuten 2/2016 Legearen arau-garapena berrikusteko beharra, hau da, 179/2019 Dekretua, azaroaren 19koa, Euskadiko toki-erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzkoa. Dekretuaren kontrol horretan, 85/2023 KAEak Eusko Legebiltzarren 2/2016 Legearen 6.2 artikulua deuseztatzeak berarekin ekarri zuen ETEL garatzen duen 2019ko azaroaren 19ko 179/2019 Dekretuko 18. artikuluko lehenengo ataleko bigarren tartekia deuseztatzea, “que pudiera alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada”⁵³.

⁵³ 179/2019 DEKRETUA, azaroaren 19koa, Euskadiko toki-erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzkoa. EHAA, 2019ko azaroaren 22a, 179. zk.

Baina 2023ko uztailaren 5eko 85/2023 KAEk konstituzioaren aurkakotzat eta deuseztat jotako erregelamendu-arauaren antzeko tartekiaz gain, lege-aginduren konstituzionaltasun-kontrola sustatu zuen EAEko Auzitegi Nagusiko atal berberak, 179/2019 Dekretuaren beste hamabi manu osorik edo partzialki baliogabetu zituen. Manu hauek ez zuten inolako zerikusirik euskara ez jakitearen alegazioarekin, baina baliogabetu egin zituzten euskararen erabilerari buruzko aipamen oro tratu pribilegiatu baten ezarpenzat jotzen zuelako —2023ko irailaren 28ko 435/2023 KAEren eta 2023ko urriaren 4ko 440/2023 KAEren bidez—.

EAEko ANak 2023ko irailaren 28ko 435/2023 epaiaren⁵⁴ bitartez, Vox alderdi politikoak jarritako demanda partzialki onartu zuen. Horren bidez, EAEko ANak baliogabetu egin zituen, besteak beste, bi artikulua hauek: batetik, toki-erakundeetako eta Euskadiko tokiko sektore publikoa osatzen duten gainerako erakundeetako langileak, lehenik eta behin herritarrari euskaraz zuzenduko zaizkiola eta hark aukeratutako hizkuntzan jarraituko dutela ezartzen zuten atalak (27.1.a); bestetik, gailu automatikoen, telefono bidezko informazio-zerbitzuen, bozgorailuen edo antzekoen bidez igorritako hitzezko mezuak, hartzaile jakinik gabe, lehenik eta behin euskaraz egingo direla zioen atala (27.e).

Horiek ez ziren baliogabetutako atal bakarrak izan. 435/2023 epaian 10 manu baliogabetu ziren: 9.2., 11.1., 12., 18.1., 24.3., 27.1.a), 27.e), 36.7., 36.8.b) eta 36.10. artikulua. Hilabete bat geroago, 2023ko urriaren 4ean, EAEko ANaren 440/2023 epaiaren⁵⁵ bidez, PP alderdi politikoak jarritako demanda ere partzialki onartu zen, 2019ko azaroaren 19ko 179/19 Dekretuaren 18.1, 18.2 eta 33.5 artikulua deuseztatuz. 18.1 artikulua izan ezik, beste guztiek ez dute 2/2016ko 6.2. artikulua-

⁵⁴ EAEko Auzitegi Naziolaren 435/2023 epaia, 2023ko irailaren 28koa.

⁵⁵ EAEko Auzitegi Naziolaren 440/2023 epaia, 2023ko urriaren 4koa.

rekin zuzeneko loturarik, baina KAE baliatu zuten euskararen erabilera “sustatzen” zuten manu oro baliogabetzeko.

3.3) Planteamendu berriak

Dagoeneko errekurritu da KAK emandako ebazpena 85/2023 epaian. Bada, arazoa aztertze aldera, Laura Díez Buescok bere boto partikularrean azaldutako planteamenduetaz gain, beste kontu bi ere kontuan hartu beharko dira, bere unean inork egin ez zituenak edo behintzat garatu gabe geratu direnak.

Lehenik eta behin, 6.2. artikuluko tartekari horren interpretazio gramatikala kolokan geratu da. Arau bat behar bezala interpretatzeko, epaileak zenbait elementu hartu behar ditu kontuan, arauaren esanahia eta irismena ulertzen lagunduko diotenak. Elementu horiek Espainiako kode zibilaren 3. artikuluan jasota daude, eta honako hauek dira:

Gramatikala: Araua osatzen duten hitzak aztertu behar dira, arau gramatikalak erabiliz. Era horretan hitzei zentzu bat ematen zaie, beti ere ahalik eta esanahi zehatz, logiko eta egokienera hurbilduz. Hori da interpretaziorik logikoena eta legearen hitz zehatzetan oinarritzen da.

Historikoa: Legearen zentzua argitzeko, legea sortu zen momentuko ezaugarri politiko, juridiko eta sozialak aztertzean datza, hau da testuinguru historikoa ezagutzea. Legearen proiektu eta aurrekariak ezagutu behar dira eta amaierako emaitzaren elaborazio prozesua aztertu.

Soziologikoa: Araua aplikatzen den garaiko errealitate soziala hartzen da kontuan. Horrek esan nahi du kontuan hartu behar direla araua onartzean eragina izan zuten elementu ideologikoak, moralak eta ekonomikoak.

Sistematikoa: Araua interpretatzeko, kontuan hartzen da gainerako ordenamendu juridikoarekin duen lotura, zuzenbidearen printzipio orokorrrak barne.

Teleologikoa: Lege-agindu baten zentzua eta irismena zehazten dira, arau horrekin lortu nahi den helburua kontuan hartuta.

Bada interpretazio gramatikala egitea ezinbestekoa da arauak benetan esaten duena eta esaten ez duena zehazteko. 6. artikuluko bigarren atal horrek argi uzten du edozein kidek euskara ezagutzen ez duela alegatzen badu dena gaztelaniaz egiteko aukera dagoela. Baina ez da inon esaten euskara ezagutzen badu derrigorrez euskaraz egin beharko duenik. Tesuaren literaltasuna aztertzen baldin bada, ahalmen bati buruz ari da, ez derrigortasun bati buruz.

Lehenengo esaldiak argi dio zenbait dokumentu eta testu euskaraz idatzi ahal izango direla. “Ahal” hitz hori gaztelera “poder” aditzarekin itzultzen da. Bada aditz horrek gaitasuna, ahalmena edo ahaltsuna adierazten du, inolaz ere ez inposaketa edo ezarpena. Bigarren esaldiak aditz hau aipatzen du beren-beregi “Ahalmen hori erabili ahal izango da”. Beraz, kideren batek euskara ez badaki gazteleraz egingo da, baina kide guztiek euskara badakite, euskaraz egin ahal izango da.

Ahalmen hori, gainera, 6. artikulua lehenengo atalean argi adierazi da, bermatu egingo da herritarrek toki-erakundeekin harremanetan jartzen diren hizkuntza ofiziala aukeratzeko duten eskubidea benetan erabiliko dutela esaten denean. Gramatika araei jarraituz, esaldiak ezin dira modu isolatu batean interpretatu, eta aurretik edo ostean datorrena ere hartu behar da kontuan. Kasu honetan, beraz, artikulua osoa aztertuz gero, lehenengo ataleko berme hori bigarren atalak une oro errespetatzen du eta euskara aukerako hizkuntza da herritar guztientzat, artikulua bere bi ataletan adierazi duen bezala. Ondorioz, epaiak esandakoa ez da guztiz zuzena, testuak ez duelako inolaz ere inor dokumentuak euskaraz egitera edo jasotzera derrigortzen, pertsona horrek euskara jakin ez.

Bigarren, hasieran aipatutako arauen artean, Eskualdeetako edo Eremu Urriko Hizkuntzen Europako Gutuna (2000) dago, Europako Kontseii-

luaren esparruan bultzatua eta Espainiak berretsi egin duena. Gutun horretako zenbait artikulua aplika daitezke epai honetan. Izan ere, 10. artikulua aipatu ere egiten da. Baina edukia ondo aztertuta, ezinbestekoa da 7. artikulua kontuan hartzea, orain arte epaian agertu ez dena.

7. artikulua bigarren zatian esaten denez, eskualdeetako edo eremu urriko hizkuntzen alde neurri bereziak hartzea, hizkuntza horien hiztunen eta gainerako herritarren arteko berdintasuna sustatzeko, ez da gehien erabiltzen diren hizkuntzen hiztunen aurkako diskriminazio-ekintza bat. Artikulu horri jarraituz, eta BUESok doktrinaren inguruan esandakoa gogoratzuz, 2/2016 Legearen 6.2 artikulua euskararen erabilera bultzatzeko neurriak ezartzen ari da, hori baita azken finean Legeak duen helburuetako bat. Testu osoan zehar argi uzten da gaztelania eta euskara maila berean erabili daitezkeela eta herritarrek bietatik edozein aukeratzeko eskubidea dutela. Beraz, gutuna errespetatuz, ez da inolako diskriminaziorik ezarri euskara ezagutzen ez dutenen kontra.

IV. ONDORIOAK

LEHENENGOA.— 85/2023 Epaiak EAEn hizkuntza ofizialak erabiltzeari buruzko irizpideak aldatzea ekarri du. Ebazpena ematerakoan, legegileak aurretik zegoen doktrinaren eta jurisprudentziaren interpretazio zabala egin du, 82/1986, 31/2010, 165/2014 edota 11/2018 KAEek esandakotik haratago. Horrek berarekin ekarri du doktrina berritzea, arlo honetako segurtasun juridikoa kolokan jarri duena.

Doktrinaren eraldatze horrek *overruling* kasu bat ekarri du. Legegileak aurreko epaiak esandakoaren interpretazio berri bat eginez ebatzi du epaia. Kasu honetan, dena den, deigarriena da ez dela aparteko egoera aldaketarik egon *overruling* hori justifikatzeko. Gizartea aurrerantz doan heinean, legegileak ezinbesteko du batzuetan aurreko doktrina eraldatzea

egoera berrietara egokitzeko. Hemen, ostera, ez da egoera berri batera egokitu, egoerak berdin jarraitzen duelako. Alderantziz, atzera pauso bat eman du, orain dela 20 urte baino gehiago zegoen egoerarantz atzera egitea ekarri baitu.

Izan ere, oso ondo bermatzen da euskara ez dakitenen eskubidea dokumentu guztiak gaztelaniaz egiteko; alderantziz, ordea, ez dago hain argi. Biztanle guztiak gaztelera ezagutzeko betebeharra dutenez, udaleko kide batek gaztelaniaz egitea nahi izanez gero, nahikoa da beste guztiak gaztelaniaz egitera behartuta egoteko? 2/2016 Legeko 6.2 artikuluko tartekia ezabatzean, gero 179/2019 Dekretuko 18.1 artikuluko tarteki berbera ezabatzea ekarri zuena, gaztelaniaz egiten dutenen alde jardun da, euskaldunek ez baitute aukerarik gaztelania ez dakitela esateko dokumentuak euskaraz egin ahal izateko. Gaztelaniaz egin nahi dutenek, ordea, nahikoa dute euskaraz ondo moldatzen ez direla esatearekin talde osoa gaztelaniaz egitera behartzeko. Ez da inolako ahaleginik egiten euskaldunek agiriak eta beste zenbait dokumentu euskaraz egin ahal izateko, eta zalantzan jartzen da euskaldunen eskubideak bermatzen direla, oso mugatuta geratzen baitira erdaldunen aldean. Epaiak dio euskarak gehiegizko nagusitasuna (supremacía exorbitante)⁵⁶ duela gaztelaniaren aurrean. Aurrekoa ikusita, argi dago hori ez dela horrela errealitatean.

BIGARRENA.— Europako Eskualdeetako eta Eremu Urriko hizkuntzen Europako Gutunak hizkuntza gutxituak sustatzea du helburu. Gaur egungo gizarte globalizatu honetan ez da hain erraza hizkuntza gutxituak mantentzea, errazago da ingelesa edo gaztelania bezalako hizkuntzak ikasi eta mundu osoarekin hizkuntza horiek erabiliz komunikatzea. Euskara ez da hizkuntza global horietan sartzen, kontrakoa baizik. UNESCOk adierazi du euskara hizkuntza gutxitu horietako bat dela, eta ondorioz, mantentzeko lan egin behar da.

⁵⁶ Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 85/2023, uztailaren 5ekoa, 3. Z.O.

Espainiak, EBaren estatukide den aldetik, Europatik datorren gutuna onartu du, Espainiako estatuaren barruan dauden hizkuntza gutxituen alde. Izan ere, EKak 3.3. artikuluan jaso du Espainiako hizkuntza-modalitateen aberastasuna kultura-ondarea dela, eta errespetu eta babes berezia izango duela. Baieztapen hau konstituzioan jaso da, baina errealitatean bete ere egin behar da, eta azken epaiek ez dute horren aldeko ahaleginik egin, alderantziz baizik.

Aurretik aipatu den bezala, 2023ko irailaren 28ko 435/2023 KA Eren eta 2023ko urriaren 4ko 440/2023 KA Eren bidez 179/2019 Dekretuko 12 manu garrantzitsu baliogabetu ziren. Manu horiek EKko 3.3 artikuluan aipatutako euskararen babes berezia ezartzen zuten, Europako Eskualdeetako eta Eremu Urriko hizkuntzen Europako Gutunak hizkuntza gutxituak sustatzeko helburuarekin bat etorriz. Esaterako, baliogabetu zen artikuluetako bat 9.2. artikulua izan zen. Artikulu horrek zioen hizkuntzaplantzaz udal-jarduerak euskaraz egitea ahalbidetuko zuela. Horretarako, udalerriaren funtzionamendua euskaraz sustatzeko neurriak hartuko zirela jaso zuen, bereziki hizkuntza hori ezinbestekoa den guneeetan.

Artikulu horrek ez du inondik inora ere gaztelaniaz jarduten dutenen eskubidea urratzen. Ez da inon esaten gaztelaniaz egiten dutenak euskaraz egitera behartuta egongo direla, ezta baztertuak izango direla gaztelaniaz egiten badute. Dekretuko 9.2. artikulua euskara sustatzeko babes berezia ezartzen du. Gainera, Europako Eskualdeetako eta Eremu Urriko hizkuntzen Europako Gutunak jaso zuenari jarraituz, eskualdeetako edo eremu urriko hizkuntzen alde neurri bereziak hartzea, hizkuntza horien hiztunen eta gainerako herritarren arteko berdintasuna sustatzeko, ez da gehien erabiltzen diren hizkuntzen hiztunen aurkako diskriminazio-ekintza bat. Epaileek, ordea, gaztelaniaz egiten dutenen kontrako diskriminaziotzat jo zituzten bai 9.2. artikulua bai baliogabetuak izan ziren beste 11 artikulua, Europak esandakoari jaramonik egin gabe eta, berriz ere, aurreko doktrina eta jurisprudentziak jasotakoa albo batera utzita.

HIRUGARRENA.— EK da gaur egun Espainiako barne ordenamendu juridikoko arau gorena, baina baita kasu honetarako zalantza gehien sortu dituen ere. Bertan argi jaso da gaztelania dela estatuko hizkuntza ofiziala eta herritar guztiek dutela gaztelania jakiteko betebeharra. Baina bertan jaso da baita Estatuko beste hizkuntzak ere ofizialak izango direla dagokien Autonomia Erkidegoetan, Autonomia Estatutan jasotakoaren arabera. Beraz, gaztelania hizkuntza ofiziala izanik ezagutzeko betebeharra badago, euskara EAEan hizkuntza ofiziala bada, euskara jakiteko betebeharra dagoela ulertu behar da?

Horixe da doktrina askok zalantzan jarri dutena eta urteetan zehar asko eztabaidatu den kontu bat. Hizkuntza bi ofizialak badira, bien egoera berbera izan beharko litzateke bai legean eta bai praktikan. EKak, ordea, ez du hori horrela jaso eta ez dio euskal legegileari ere hori horrela jasotzen utzi. Logikoa, EAEko Autonomia Estatutuan euskara ezagutzeko betebeharra jasotzea dirudi, EKak gaztelaniarekin egin duen bezala. Baina hori Konstituzio aurkakoa izango litzateke, EKak ez baitu inon esaten euskara ezagutzeko betebeharra dagoenik. Beraz, sustraietara jo behar da hizkuntza biak baldintza berberean jartzeko, Konstituzioaren 3. artikulura alegia.

a) *De lege ferenda* proposamenak

Aurreko guztia kontuan izanik, irtenbideetako bat EKko 3. artikulua aldatzea izango litzateke. Gaztelania bada estatuko hizkuntza ofiziala eta gaztelania ezagutzeko betebeharra badago estatu mailan, euskara izanik EAEko hizkuntza ofiziala, berau ezagutzeko betebeharra ere aitortu beharko litzateke, EAE mailan bada ere. URRUTIA LIBARONAK jaso zuen bezala, EKak asimetria bat sartzen du hizkuntza ofizialen artean, gaztelaniari dagokionez bakarrik arautzen baita ezagutzaren betebeharra⁵⁷.

⁵⁷ URRUTIA LIBARONA, I.: “El nuevo régimen jurídico de las lenguas oficiales...”, *op. cit.*, 140. or.

Ondorioz, euskal legegileak lan handia du egoera hau aldatzeko, aldatu beharreko lehenengo gauza konstituzioa bera izan beharko litzatekelako, 3. artikuluan manu berri bat sartuz: “3.2. Espainiako beste hizkuntzak ere ofizialak izango dira haiei dagozkien autonomia-erkidegoetan, beraietako estatutuekin bat etorritz. Ondorioz, autonomia-erkidego horietako biztanle guztiek dute dagokion hizkuntza jakiteko eginbeharra eta erabiltzeko eskubidea”.

Konstituzioaren eraldatzeari dagokionez, 2 prozedura ezarri dira aldatu beharreko gaiaren arabera. Kasu honetan, EKko 3. artikulua atariko tituluan kokatuta dago. Ondorioz, prozedura areagotuaren bitartez aldatu beharko litzateke, hau da, EKren 168. artikuluan jasotakoaren arabera. Prozedura hori nahiko zurruna eta konplexua⁵⁸ da. Printzipioz, Konstituzioaren testu osoa eraldatu daiteke, baina EKak ezarritako prozedurak ez dira baxterre lagungarriak, eta are gutxiago prozedura areagotua, ia ezinezko egiten baitu EKren atariko tituluko artikuluren bat aldatzeko ahaleginak aurrera egitea. Historian zehar EKak bi eraldaketa baino ez ditu izan: 1992an Espainiak Europar Batasuneko Tratatu berresteko egin zen eraldaketa eta 2011n defizitaren debekapena ezartzeko 135. artikuluan egindakoa. Beraz, nahiko zaila egiten da imaginatzea 3. artikulua hori aldatuko denik, eta are gutxiago euskara gaztelaniaren maila berera ekartzeko bada.

EK aldatzeko zailtasunak beste konponbide bat bilatzera eramaten gaitu, hizkuntza ofizialen definizioa berrikustera alegia. Berez, bai gaztelania bai euskara hizkuntza ofizialak dira, eta ofizialak diren heinean, baldintza berberak izan beharko lituzkete. Ondorioz, Europatik hizkuntza ofiziala zer den adierazten duen definizio zehatz bat sortzea ez litzateke txarto egongo. Era horretan, argi geratuko litzateke hizkuntza bat ofizial izateak, hizkuntza hori jakiteko betebeharra sortzen duen edo ez.

⁵⁸ LARRAZABAL BASAÑEZ, S.: *Konstituzio zuzenbidearen eskuliburua. I. liburukia: Konstituzio historia. Iturrien sistema. Oinarrizko eskubide eta eginbeharra*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 2007, 17 zk., 197. or.

Herritarrak gaztelania ezagutzera behartzeak, euskararekin egiten ez den bezala, nolabait gaztelania euskararen gainetik jartzea dakar. Biak badira hizkuntza ofizialak biak egon behar dira maila berdinean, egoera berean araututa eta baldintza berdinekin. Azken epai hauek ikusita zailantza sortzen da maila berdintasun horren inguruan.

Azken finean, 2/2016 Legeak bidea irekitzen du euskara lan-hizkuntza ere izan dadin, erabilera arruntekoa, betiere herritarrek hizkuntza aukeratzeko duten eskubidea bermatuz⁵⁹. Legeak ez du bilatzen euskara gaztelaniaren gainetik jartzea. ETELak herritarrak jartzen ditu hizkuntza-sistemaren ardatzean, eta administrazioak sistema horrek adierazten duen hizkuntza-aukerara egokitu beharra jaso du. Ondorioa argia da, bai Europatik datorren gutunak bai EKak hizkuntza gutxituen sustapena bilatzen dute, euskara hizkuntza horietako bat izanik. Gainera, euskara eta gaztelania hizkuntza ofizialak dira. Beraz, 2/2016 Legea eta hori garatzen duen 179/2019 Dekretua ezinbestekoak dira euskara zerbitzu-hizkuntza eta lan-hizkuntza bihurtzeko, gaztelaniaren maila berean, edozein hizkuntza ofizialen mailan.

V. BIBLIOGRAFIA eta ITURRIAK

5.1) Bibliografia

AGUIRREAZKUENAGA, I.: “Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas”. Ondoko lanean: MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord.): *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor García de Enterría*. Madril: Civitas gitaletxea, 1991.

ARZOZ SANTIESTEBAN, X.: “Las consecuencias de la confusa doctrina constitucional sobre el ‘equilibrio inexcusable’ entre las lenguas oficiales: a propósito de la STC 85/2023, de 5 de julio”. Escola d’Administració Pública de Catalunya.

⁵⁹ URRUTIA LIBARONA, I.: “El nuevo régimen jurídico de las lenguas oficiales...”, *op. cit.*, 168. or.

Lengua i Dret Aldizkaria. 2024ko maiatzaren 16an argitaratua. <https://eapc-rld.blog.gencat.cat/2024/05/16/las-consecuencias-de-la-confusa-doctrina-constitucional-sobre-el-equilibrio-inexcusable-entre-las-lenguas-oficiales-a-proposito-de-la-stc-85-2023-de-5-de-julio-xabier-arroz-santis/> (Azken kontsulta 2024ko maiatzak 18).

ARZOZ SANTIESTEBAN, X.: “Lenguas y modalidades lingüísticas en la Constitución Española: ¿Dos regímenes jurídicos diferenciados?”. Ondoko lanean: MILLAN I MASSANA, A. (koord.): *El plurilingüisme a la Constitució Espanyola*. Bartzelona: Generalitat de Catalunya, 2009, Col·lecció Institut d’Estudis Autònomic 65. zk.

AYESTA SAGARDUI, K. “Europar Batasuneko hizkuntz politika, praktikak eta diskurtsoak”. *Bat Soziolinguistika aldizkaria*, 2021, 121. zk.

BARANDIARAN, J.M.: “Euskal ohikunde edo legediazaz hitz bi” RIEV, *Revista Internacional de los Estudios Vascos*, 1986, 31. zk.

BAZAKO ATUTXA, P. eta ETXANOBE LANDAJUELA, E.: “Ley Municipal de Euskadi. ¿Esta vez sí?”. *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, 2015, 8. zk.

BORRAJO INIESTA, IG.: “El status constitucional de los extranjeros”. Ondoko lanean: MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (koord.): *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor García de Enterría*. Bigarren liburukia *De los Derechos y Deberes fundamentales*. Madril: Civitas argitaletxea, 1991.

EUROPAR BATASUNA. *Lenguas, mutilingüismo, régimen lingüístico*. Europar Batasuneko web orri ofiziala. (Azken kontsulta 2024ko maiatzaren 1ean) https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_es

GOYHENECHÉ, E.: “Les sources du Droit basque. La maison et la famille”. Le Pays Basque. Soule - Labourd - Basse-Navarre. *Société Nouvelle d’éditions Régionales et de Diffusion*, 1979.

GURRERA ROIG, M. “El pluralismo lingüístico”. *Revista de estudios políticos*, 48. zb.

IGARTUA, I. eta ZABALTA, X.: “Euskara”. Etxepare Euskal Institutoa, *BASQUE*, 2021.

LALINDE ABADÍA, J.: “La ubicación del Dreyto de Navarra en el área española del Directum”. *Segundo Congreso General de Historia de Navarra*. 1992, 14. zk.

LARRAZABAL BASAÑEZ, S.: “Derecho Público de los Territorios Forales. De los orígenes a la abolición foral”. Oñati: Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea (IVAP), 2004.

LARRAZABAL BASAÑEZ, S.: *Konstituzio zuzenbidearen eskuliburua. I. liburukia: Konstituzio historia. Iturrien sistema. Oinarritzko eskubide eta eginbeharrak*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 2007, 17 zk.

LARRAZABAL BASAÑEZ, S.: “Zume hauekin... ekin lanari. Reflexiones sobre la génesis, naturaleza e inserción de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi en el peculiar sistema de fuentes del Derecho vasco”. *Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 2017, 107. zk.

LÓPEZ BASAGUREN, A.: “Nación y lengua en el Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista general de derecho constitucional*, 2011, 13. extra. zk.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M.: “La Ley de Instituciones Locales de Euskadi: visión general y encuadre del nivel institucional”. *Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 2017, 107. zk.

SÁNCHEZ AGESTA, L. eta PRIETO DE PEDRO, J.: “Las lenguas de España”. Ondoko lanean: SÁNCHEZ AGESTA, L.; GOIG MARTÍNEZ, J.; PRIETO DE PEDRO, J. eta beste batzuk: *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I - Preámbulo y artículos 1 al 9 de la Constitución Española de 1978*. Madril: Edersa argitaletxea, 2006.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: “El Derecho foral vasco en la Historia”. Ondoko lanean: URRUTIA, A.; ATXABAL, A.: eta beste batzuk: *Practicum de Derecho Civil Foral del País Vasco*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 1995.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: “Lengua vasca, cooficialidad lingüística y relaciones jurídicas *inter privatos*: Análisis desde la perspectiva del euskera en el Derecho privado español, en el francés y en el de la Unión Europea”. Bilbo: Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea (IVAP), 2016.

URRUTIA LIBARONA, I.: “El nuevo régimen jurídico de las lenguas oficiales en la Ley de Instituciones Locales de Euskadi”. *Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 2017, 107. zk.

VERNET, J.; PUNSET, R.: “Lenguas y Constitución”. Madril: Iustel, 2007.

5.2) Legeria

EUROPAR BATASUNeko KONTSEILUA. Eskualdeetako eta Ereku Urriko hizkuntzen Europako Gutuna (ECRML), Estrasburgon sinatua 1992ko azaroaren 5ean.

EUROPAR BATASUNeko KONTSEILUA, PARLAMENTUA ETA BATZORDEA. Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen gutuna, Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialean argitaratua 2012ko urriaren 26an, 41.4. artikulua.

Espainiako Konstituzioa, *Gaceta de Madril*en 344. zk., 1931ko abenduaren 10ean argitaratua.

Espainiako Konstituzioa, EAOn 311. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua.

3/1979 Lege Organikoa, abenduaren 18koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Autonomia Estatutuari buruzkoa, EAOn 306. zk., 1978ko abenduaren 29an argitaratua.

10/1982 Legea, azaroaren 24koa, Euskararen erabilera normalizatzeko oinarrizkoa, EHAAren 160. zk., 1982ko abenduaren 16an argitaratua, eta EAOn 100. zk., 2012ko apirilaren 26an argitaratua.

7/1985 Legea, apirilaren 2koa, Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen, EAOn 80. zk. 1985eko apirilaren 3an argitaratua.

2/2016 Legea, apirilaren 7koa, Euskadiko Toki Erakundeei buruzkoa, EHAAren 70. zk., 2016ko apirilaren 14an argitaratua eta EAOn 105. zk. 2016ko maiatzaren 2an argitaratua.

781/1986 Legegintzako Errege Dekretua, apirilaren 18koa, Toki Araubidearen arloan indarrean dauden lege xedapenen testu bategina onartzen duen, EAOn 96. zk. 1986ko apirilaren 22an argitaratua.

179/2019 DEKRETUA, Euskadiko toki-erakundeetan hizkuntza ofizialen erabilera instituzionala eta administratiboa normalizatzeari buruzkoa. EHAAren 179. zk., 2019ko azaroaren 22koa.

5.3) Jurisprudentzia

Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 82/1986, ekainaren 26koa.

Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 31/2010, ekainaren 28koa.

Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 165/2013, irailaren 26koa.

Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 11/2018, otsailaren 8koa.

Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 85/2023, uztailaren 5koa.

EAEko Auzitegi Naziolaren 435/2023 epaia, 2023ko irailaren 28koa.

EAEko Auzitegi Naziolaren 440/2023 epaia, 2023ko urriaren 4koa.

Higiezin gaineko kreditu-kontratuen arazoak. Bereziki, hipoteka-gastuen itzulera*

Galder CALAVIA BARRÓN

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 12/12/2025

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/03/2026

Laburpena: Lan honek higiezin gaineko kreditu-kontratuak eta hipoteka-gastuen itzulketa aztertzen ditu ikuspegi juridikotik. 5/2019 Legeak eta Europako zuzentarauek kontsumitzaileen babesa eta merkatuaren gardentasuna indartu dituzte. Gardentasun hori bermatzeko, EINF eta OEF informazio-fitxak eta notarioaren aholkularitza ezinbestekoak dira. Hipoteka-gastuen banaketa zehazten da: bankuak gehienak bere gain hartu behar ditu, eta bezeroak tasazioa. Irekiera-komisioak eta aurretiazko mugaeguneratzeak kontsumitzaileentzat abusuzkoak izan daitezkeen aztertzen da. Arreta berezia jartzen zaio 2024ko EBko Justizia Auzitegiaren epaiari, preskripzio-epeak argitzeko. Epai horren arabera, preskripzio-epea ezin da hasi kontsumitzaileak bere eskubideak benetan ezagutu arte. Erabaki honek erreklamazio berriei bidea irekitzen die, finantza-erakundeen aurreko babesgabetasuna gutxituz.

Gako-hitzak: kreditu-kontratuak; hipoteka-gastuen itzulketa; kontsumitzaileak.

*“Legelari gazteentzako Adrián Celaya Saria”ren IX. Edizioan saritutako lana, Akademia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2024an emana.

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

Ilustre Colegio Notarial del País Vasco
Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestua
Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatu Elkargo Ohoretsua
Boletín *JADO*. Bilbao. Año XX. Nº 33. Enero-Diciembre, 2025, pp. 79-124
JADO Aldizkaria. Bilbo. XX. urtea. 33 zk. 2025, Urtarrila-Abendua, 79-124 or.

**Problemas de los contratos de crédito sobre bienes inmuebles.
Especialmente, la devolución de los gastos hipotecarios**

Resumen: Este trabajo analiza desde el punto de vista jurídico los contratos de crédito sobre inmuebles y la devolución de gastos hipotecarios. La Ley 5/2019 y las directivas europeas han reforzado la protección de los consumidores y la transparencia del mercado. Para garantizar esta transparencia son imprescindibles las fichas informativas EINF y OEF y el asesoramiento notarial. Se detalla el reparto de los gastos hipotecarios: el banco debe asumir la mayoría y el cliente la tasación. Se analiza si las comisiones de apertura y los vencimientos previos pueden ser abusivos para los consumidores. Se presta especial atención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 2024 para aclarar los plazos de prescripción. Según esta sentencia, el plazo de prescripción no puede iniciarse hasta que el consumidor no conozca realmente sus derechos. Esta decisión abre el camino a nuevas reclamaciones, minimizando la desprotección frente a las entidades financieras.

Palabras clave: contratos de crédito; devolución de gastos hipotecarios; consumidores.

**Problems of Credit Contracts on Real Estate. Especially,
the Reimbursement of Mortgage Expenses**

Abstract: This paper analyzes mortgage loan agreements and the reimbursement of mortgage expenses from a legal perspective. Law 5/2019 and European directives have strengthened consumer protection and market transparency. To guarantee this transparency, EINF and OEF information sheets and notarial advice are essential. The distribution of mortgage expenses is detailed: the bank must assume the majority, and the client the appraisal. The paper analyzes whether opening fees and early repayment penalties can be considered abusive for consumers. Special attention is paid to the 2024 ruling of the Court of Justice of the EU to clarify the statute of limitations. According to this ruling, the statute of limitations cannot begin until the consumer is fully aware of their rights. This decision paves the way for new claims, minimizing the lack of protection against financial institutions.

Key words: loan agreements; reimbursement of mortgage expenses; consumers.

Higiezinen gaineko kreditu-kontratuen arazoak.
Bereziki, hipoteka-gastuen itzulera

AURKIBIDEA: I.- LABURDUREN ZERREND A. II.- SARRERA. III.- HIGIEZINEN GAINEKO KREDITU-KONTRATUAK: 3.1) Kontzeptua eta arauketa; 3.2) Oinarrizko osagaiak. IV.- HIPOTEKA-MAILEGUETAKO HARTZAILEAREN BABESA: 4.1) Mailegu-emailearen informazio-betebeharra; 4.2.) Notarioaren aholkularitza; 4.3) Korritu-tasaren aldaketen kontrola. V.- KLAUSULA ARAZOTSUAK: 5.1) Lurzoru-klausulak; 5.2) Hipoteka-gastuak; 5.3) Aurretiaz mugaeguneratzea; 5.4) Irekiera-komisioa. VI.- BEREZIKI HIPOTEKA-GASTUEN ITZULKETARI BURUZKO JURISPRUDENTZIA: 6.1) Arazoaren planteamendua; 6.2) Aurreko ebazpenak; 6.3) Azken epaia. VII.- ONDORIOAK. VIII.- BIBLIOGRAFIA ETA BESTE ITURRI BATZUK: 8.1) Bibliografia; 8.2) Legeria; 8.3) Jurisprudenzia.

I. LABURDUREN ZERRENDA

AGE	Auzitegi Gorenaren Epaia
Art.	Artikulua
EINF	Europako Informazio Normalizatuaren Fitxaren (“FEIN: <i>Ficha Europea de Información Normalizada</i> ”)
OEF	Ohartarazpen Estandarizatuen Fitxa (“ <i>FIAE: Ficha de Advertencias Estandarizadas</i> ”)
<i>Op. cit.</i>	“ <i>Opere citato</i> ”
Or.	Orrialdea
Zk.	Zenbakia

II. SARRERA

2014. urtean Europako Parlamentuak eta Europar Batasuneko Kontseiluak argi adierazi zuten 2014ko otsailaren 4ko 2014/17/EB Zuzentarauko hitzaurrean (hemendik aurrera, “2014/17/EB Zuzentaraua”)¹, finantza-krisiak erakutsi duela merkatuan parte hartzen dutenen jokabide arduragabeak finantza-sistemaren oinarriak ahuldu ditzakeela, eta horrek ondorio sozial eta ekonomiko larriak izan ditzakeela. Baieztapen horren isla da, Zuzentaraua idazterako momentuan, eta baita egun ere, Europar Batasuneko kontsumitzaileek zor-maila handiak dituztela, eta zor horren zati handi bat bizitegi-erabilerako ondasun higiezinekin lotutako kredituetan kontzentratzen dela.

Horren eretzean, ikerlan honetan aztertuko dugu nola askotan mailegu-hartzaileek, informazio faltagatik edo akritikoak izateagatik, higiezin gaineko kreditu-kontratuak harpidetu izan dituzten zinez ulertu gabe banketxeek kontratuetan txertatzen dituzten klausulen ondorio ekonomikoak. Eta, batez ere, azaldu nahi nuke nola egoera horretan daudenen gain Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak eta Auzitegi Gorenak emandako epaiek eragina izan duten, batik bat, hipoteka-gastuen inguruan emandako erreklamazioei dagokionez.

¹ Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014/17/EB Zuzentaraua, 2014ko otsailaren 4koa, kontsumitzaileekin bizitegi-erabilerako ondasun higiezinatarako egindako kreditu-kontratuak buruzkoa, zeinaren bitartez aldatzen diren 2008/48/EB eta 2013/36/EB Zuzentarauak eta Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 1093/2010 Erregelamendua. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 60. zk., 2014ko otsailaren 28koa, 34. or.

Ildo horri ekinez, gairen inguruko eskuliburu, artikulua, arau, Europar zein barne jurisprudentzia eta bestelako iturriak jorratu ostean, Gradu Amaierako lan hau lau atal nagusitan egituratu dut.

Lehenik eta behin, higiezinaren gaineko kreditu-kontratuaren kontzeptuari buruzko hurbilpen bat egingo dut, horren oinarritzko osagaiak jasoz. Bigarrenik, hipoteka-maileguetako hartzaileek daukaten babes bereziari helduko diot, hala nola, informazio-betebeharrari eta notarioaren aholkularitzari buruz hitz eginda. Hirugarrenez, Gradu Amaierako lanaren abiapuntuaren inguruan arituko naiz, hots, hipoteka-maileguetan azkenengo urteetan agertu diren klausula-arazotsuen inguruan. Ostean, bereziki hipoteka-gastuei buruzko eztabaida mahaigaineratuko dut, azkenengo urteetako epai esanguratsuenak azalduz, eta bereziki, 2024ko urtarilaren 25ean Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak emandako epaia. Eta amaitzeko, lanaren oinarritzko gakoak baitaratzen dituzten ondorioak aurkeztuko ditut.

III. HIGIEZINEN GAINEKO KREDITU-KONTRATUAK

3.1) Kontzeptua eta arauketa

Lehenik eta behin, eta testuinguruan jartzeko asmoz, higiezinaren gaineko kreditu-kontratuen oinarria ulertzeko, ezinbestekoa da auziaren inguruko legeria mahai gainean jartzea. Oro har, kontsumoaren baitako kreditu-kontratuen arauketa orokorra ekainaren 24ko 16/2011 Legean, kontsumorako kreditu-kontratuei buruzkoan², topa daiteke (hemendik aurrera, “16/2011 Legea”). Izan ere, 16/2011 Legea onetsi zen Europako

² Ekainaren 24ko 16/2011 Legea, kontsumorako kreditu-kontratuei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 151. zk., 2011ko ekainaren 25ekoa, 10970. or.

Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2008/48/EB Zuzentarauaren³ transposizioa egiteko asmoz. Ondorioz, Europar Batasuneko Estatu kideen barne legeria homogenea izatea lortuko litzateke.

Lege horren 3 artikuluan, ostera, adierazten da ez dela aplikagarria izango “higiezin-hipotekarekin bermatutako kreditu-kontratueta” (nahiz eta ostean azalduko den moduan, gaur egun indarrean dagoen higiezin gaineko kreditu-kontratuen lege berezian igorpena egiten den 16/2011 Legea), eta horrek ekarri du botere legegileak lege berezi bat eman behar izatea problematika zehatz horri erantzuteko.

Lanaren sarreran azaldu bezala, 2007 eta 2008 urteetako finantza-krisiaren ondorio modura, ohiko etxebizitza erosteko hipoteka-kreditu bat kontratatu zuten pertsona askok zailtasunak eduki zituzten betebeharrei aurre egiteko. Hori dela eta, botere legegileak neurriak hartu behar izan zituen hipoteka-zordunen egoera arintzeko, hainbat modutan. Neurri horiek indarrean sartu ziren maiatzaren 14ko 1/2013 Legearen bidez⁴ (hemendik aurrera, “1/2013 Legea”).

Besteak beste, kolektibo bereziki kalteberen ohiko etxebizitzaren gaineko kaleratzeak etetea erabaki zen, betekizun ekonomiko konkretu batzuk betez gero⁵. Ohiko etxebizitzara zuzendutako kredituen kasuan be-

³ Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2008/48/EB Zuzentaruua, 2008ko apirilaren 23koa, kontsumorako kreditu-kontratuei buruzkoa, zeinaren bitartez Kontseiluaren 87/102/CEE Zuzentaruua indargabetzen den. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 133. zk., 2008ko maiatzaren 22koa, 66. or.

⁴ Maiatzaren 14ko 1/2013 Legea, hipoteka-zordunen babesa, zorraren berregituratzea eta alokairu soziala indartzeko neurriei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 116. zk., 2013ko maiatzaren 15ekoa, 5073. or.

⁵ 1/2013 Legeak 1. artikuluan adierazten du kolektibo horien barnean zeintzuk sar daitezkeen (familia ugariak, adingabeko seme edo alaba duen gurasobakarrak, %33ko edo gehiagoko desgaitasuna duen pertsona dagoen unitate familiarra, hipoteka-zorduna lan-gabezian duen familia-unitatea, besteak beste) eta zein betekizun ekonomiko bete behar

randutza-korrituak mugatu ziren baita ere, ezingo zirela lege-korrituaren hirukoitza baino gehiagokoa izan zehaztuz⁶.

Neurri horiek izan ziren higiezin gaineko kreditu-kontratuen kontsumitzaileak babestu zituzten lehenengoak. Kontratu mota horien araubide juridiko segurua, bizkorra eta eraginkorra egiten saiatu zen araua, ordea, martxoaren 15eko 5/2019 Legea izan zen, higiezin gaineko kreditu-kontratuak arautzeari buruzkoa⁷ (hemendik aurrera, “5/2019 Legea”). Hain zuzen ere, 2014/17/EB Zuzentaraua barne ordenamenduan eransteko xedez indarrean sartzen da 5/2019 Legea, baina kontsumitzaileak babestetik haratago, lege honek bere araubide juridikoa pertsona fisiko guztietara hedatzen du, kontsumitzaileak izan edo ez.

Hortaz, 5/2019ko Legean aurki daiteke lanean zehar aztergai egongo diren higiezin gaineko kreditu-kontratuen definizioa. Jarduera hori modu profesionalean egiten duten pertsona fisiko edo juridikoek emandako mailegu-kontratuak dira, mailegu-hartzailea, fidatzailea edo bermatzailea pertsona fisikoa denean eta kontratu horren xedea honako haue-
tako bat denean: (i) hipoteka-bermea edo beste berme-eskubide erreala duen mailegua ematea bizitegi-erabilerako higiezin baten gainean (bizite-

dituzten (hala nola: familia-unitateko kideen diru-sarreraren multzoak ez gaintzea urteko hamalau ordainsariko Eragin Anitzeko Errentaren Adierazle Publikoaren hiru halako, eskaera egin aurreko lau urteetan familia-unitatearen egoera ekonomikoa nabarmen aldatu izana).

⁶ 1/2013 Legearen 3. artikulua Hipoteka Legean zenbait aldaketa onesten ditu: etxebizitzaren gaineko hipoteka-maileguaren eskritoretan, hipotekatzen den etxebizitzari esleitu nahi zaion izaera jaso behar izatea, ohikoa izan edo ez; eta ohiko etxebizitza erosteko maileguen edo kredituen berandutze-korrituak, etxebizitza beraren gainean eratutako hipoteken bidez bermatutakoak, ezin izango direla diruaren legezko korritua baino hiru aldiz handiagoak izan.

⁷ Martxoaren 15eko 5/2019 Legea, higiezin gaineko kreditu-kontratuak arautzeari buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 65. zk., 2019ko martxoaren 16koa, 3814. or.

gi-erabilera dutela ulertuko da trasteleku, garaje edo etxebizitzak ez diren bestelakoen kasuan funtzio domestiko bat betetzen badute); edo (ii) eraikitako edo eraiki gabeko lurren edo higiezinaren gaineko jabetza-eskubi-deak eskuratu edo mantentzeko helburu duten maileguak ematea, betiere mailegu-hartzailea, fidatzailea edo bermatzailea kontsumitzailea bada⁸.

3.2) Oinarrizko osagaiak

Behin legegintzaren eta oinarrizko kontzeptuaren inguruko kokapena eginda, aurrerantzean landuko diren betebeharrak eta klausula ezberdinak ulertu ahal izateko, kontratu mota hauen oinarrizko osagaien definizioa ekarriko dugu hizpidera⁹.

Orokorrean, baieztatu daiteke bi direla kontratu hauetan parte hartzen duten alderdiak: mailegu-emailea eta mailegu-hartzailea. Lehenengoari dagokionez, modu profesionalean, bizitegi-erabilerako ondasun higiezinaren gaineko hipotekaren bidez bermatutako maileguak, edo eraikitako edo eraiki gabeko lursailak edo higiezinak eskuratzea edo kontserbatzea xede duten maileguak ematen dituen pertsona fisiko edo juridiko oro litzateke. Mailegu-hartzailea ostera, aurretik deskribatutako maileguen zordun den edozein pertsona fisiko litzateke.

Kontratugileok mailegu-kontratu bat adosten dute, non mailegu-emaileak mailegu bat ematen dion mailegu-hartzaileari, edo emateko konpromisoa hartzen duen, ordainketa geroratuaren, kredituaren edo antzeko beste ordainketa-erraztasun baten bidez. Kasu honetan, berezitasuna da mailegu-hartzaileak, berme bezala, eskuratutako ondasun higiezinaren gainean hipoteka bat eratzen duela. Aitortu beharra dago

⁸ 5/2019 Legearen 1. eta 2. artikulua.

⁹ Definizio gehienak 5/2019 Legearen 4. artikuluan jaso dira, baina “zor-tasa” edo “euskarri iraunkor” kontzeptuen kasuan, berriz, 16/2011 Legea igortzen da.

legegintzak ez duela definizio argirik ematen hipotekari dagokionez, ordea, 1946ko otsailaren 8ko Dekretuak, Hipoteka Legearen idazketa ofizial berria onartzen duenak¹⁰ (hemendik aurrera, “Hipoteka Legea”), 104. artikuluan hurbilpen bat egiten du esanez “hipotekaren bidez, ondasun batzuk betebeharrak bat betetzeari lotuta geratzen dira zuzen-zuzenean, ondasun horien edukitzailea edozein izanik ere, betebeharrak hori bermatzeko eratzten baita hipoteka”. Hortaz, uler genezake ondasun higiezin horren berme funtzioa, mailegu-hartzaileak mailegua ordaindu dezan.

Kontratu horrek sortutako kredituaren zenbateko osoa nola zehazten den jakiteko, ostera, 16/2011 Legea egiten da igorpena, kopuru hori izanik kreditu-kontratu baten esparruan kontsumitzailearen esku jarritako kopuru guztien batura edo gehieneko zenbatekoa¹¹. Hala ere, zenbateko oso horretaz aparte, mailegu-hartzaileak kreditua eskuratzegatik kostu jakin batzuei egin behar dizkio aurre 16/2011 Legearen arabera: kreditu-kontratua dela-eta kontsumitzaileak ordaindu behar dituen eta mailegu-emaileak ezagutzen dituen gastu guztiak, korrituak, komisioak, zergak eta beste edozein gastu, notariotza-gastuak izan ezik¹². 5/2019 Legeak beste bi gastu baztertzen ditu baita ere: ondasun higiezinaren jabetzaren eskualdaketa erregistratzeko tasak eta kreditu-kontratuan hartutako konpromisoak ez betetzegatik mailegu-hartzaileak asumitutako gastuak¹³.

Aurreko paragrafoan azaldutako kredituaren zenbateko osoak eta kredituak kontsumitzailearentzat duen guztizko kostuek osatzen dute kontsumitzaileak zor duen guztizko zenbatekoa¹⁴.

¹⁰ 1946ko otsailaren 8ko Dekretua, Hipoteka Legearen idazketa ofizial berria onartzen duena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 58. zk., 1946ko otsailaren 27koa, 2453. or.

¹¹ 16/2011 Legearen 6.c. artikulua.

¹² 16/2011 Legearen 6.a. artikulua.

¹³ 5/2019 Legearen 4.12. artikulua.

¹⁴ 16/2011 Legearen 6.b. artikulua.

Atal honetan argitutako kontzeptuez aparte, beste bi gehiago ekarri behar dira hizpidera, hurrengo atalak behar bezala ulertu ahal izateko: zor-tasa eta urteko tasa baliokidea. Lehenengoa, 16/2011 Legean honela jasotzen da: “erabilitako kredituaren zenbatekoari urtero aplikatutako ehuneko finko edo aldakor gisa adierazitako korritu-tasa”¹⁵. Hori dela eta, uler daiteke zor-tasa finkoa edo aldakorra izan daitekeela. Bigarrena, aitzitik, maileguaren kostu osoa mailegu-hartzailearentzat izango litzateke, emandako maileguaren zenbateko osoaren urteko ehuneko gisa adierazita, gehi kostu erantsiak, halakorik balego, eta urteko oinarri baten gainean litzateke, laburbilduz¹⁶.

IV. HIPOTEKA-MAILEGUETAKO HARTZAILEAREN BABESA

Aldez aurreko sekzioan mahaigaineratutako gastuek eta zor-tasek eragin zuzena eduki dezakete mailegu-hartzailearen esparru ekonomikoan, izan ere, kontzientzia nahikoa eduki gabe, edozein kontsumitzailek edo pertsona fisikok onar ditzake asumitu ezingo dituen klausulak. Horregatik, doktrinak garatutako kontzeptu esanguratsuenen artean kreditu arduratsuen ematea dago. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA irakaslearen esanetan, kreditua “ziurtasunez hitzartu, kontratatu eta ematen da, bere helburua betez, hau da, itzulketa eginez. Beraz, kreditu arduratsua « a priori » itzuliko dela uste dena izango da”¹⁷. Ondorioz, ez da bakarrik beharrezkoa izango mailegu-hartzailearen kaudimen ekonomikoa, baizik eta ordaintzeko adostasuna benetakoa eta egiazkoa izatea ere.

¹⁵ 16/2011 Legearen 6.e. artikulua.

¹⁶ 5/2019 Legearen 4.14. artikulua.

¹⁷ GOÑI RODRIGUEZ, María. «Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo». Ondoko lanean: *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2017. 525. or.

Aurrekoa betetzen dela ziurtatzeko gardentasunaren kontrol bikoitza existitzen da: alde batetik, baldintza orokor guztietarako sartzeko-kontrolak edo kontrol formalak klausulak sartu ahal izatea ahalbidetzen du, haien ezagutza eta ulermena bermatzeko; bestalde, gardentasun indartuak edo materialak, aukera eman behar dio kontsumitzaileari jakiteko kontratuaren karga ekonomikoa eta karga juridikoa, arriskuen banaketari dagokionez¹⁸.

Ildo horri ekinez, eta VAZQUEZ irakasleak nabarmendu bezala, “gardentasun materialaren funtsezko oinarria kontratua egin aurretik kontsumitzaileari eta mailegu-hartzaileari emandako informazioa da, kontratua sinatu ondoren bere gain hartuko duen karga ekonomikoa eta juridikoa benetan ulertu ahal izateko oinarri gisa; gainera, merkatuak eskaintzen dizkion kreditu-produktuen arteko konparazioa egin ahal izango du, eta kontzienteki eta borondatez erabaki ahal izango du zein produktu auke-ratzen duen, bere interesentzat hobea izateagatik”¹⁹.

Beraz, gardentasunarekin bat egiteko asmoz, 5/2019 Legeak zenbait betebeharrak esleitzen dizkie mailegu-emaileei, ziurtatzeko mailegu-hartzaileak kontratua onartzen duela klausula arazotsuez jakitun izanda. Haratago joanda, hori guztia betetzen dela ziurtatzeko, fede-emaile publikoari ere eragin behar batzuk ezartzen zaizkie.

4.1) Mailegu-emailearen informazio-betebeharra

Oro har, baieztatu daiteke informazio-betebeharra mailegu-emaileak edo hartzekodunak bere etorkizuneko zordunaren gain hartzen duena

¹⁸ MARTOS CALABRUS, María Angustias. «Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario». *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Txile, 2022, 13. liburukia, 1. zk., 35. or.

¹⁹ MADRIÑAN VÁZQUEZ, Marta. «Información precontractual y transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario». *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2020, 74. liburukia, 2231. zk., 28. or.

dela, eta eskainitako maileguaren edo produktuaren baldintzak, arriskuak eta kostuak azaltzean datzana. Are gehiago, agerikoa da 5/2019 Legearen bitartez informazio betebeharrak zehatza finkatu dela mailegu-emailearen gain, kontratazioa egin aurretik eskaini beharrekoa. Izan ere, kontratu aurreko informazioa funtsezko zutabea da, mailegu-hartzaileak benetan ulertu ahal izan dezan benetako karga, ekonomikoa zein juridikoa.

Hori onartu du Auzitegi Gorenak 2017ko ekainaren 8ko epaiaren bidez²⁰: “kontratu aurreko informazioak aukera ematen du eskaintzen arteko konparazioa egin eta kontratatzeko erabakia hartzeko. Ezin da eskaintza desberdinen arteko konparazio funtsaturik egin, konparazioa egiteko unean kontsumitzaileak ezin badu benetako ezagutzarik izan konparazioaren xede diren kontratuen garrantzi ekonomikoa eta juridikoari buruz, ezin izan duelako ulertu kontratuko klausula jakin batek zer esan nahi duen, zeinak kontratuaren funtsezko elementu bati eragiten dion, gainerakoekin alderatuta, eta klausula horrek kontratuaren garapenean zer ondorio izan ditzakeen”.

Aipatutako kontratu aurreko informazioaren baitako betebeharrak bi faseetan banaturik ezartzen da 5/2019 Legean: lehenengo fasea orokorragoa da, eta informazioa eskatzen duen edozein bezerorentzat dago eskuragarri; beste fasea, berriz, espezifikoa edo pertsonalizatuagoa da bezeroarentzat, eta erakundeak ematen dituen finantza-zerbitzuak ezaugu eta bere kaudimena ebaluatu ondoren, beste fase partikular batean interesa agertzen du bezeroak.

a) *Informazio orokorra*

5/2019 Legeak xedatzen du zein den kontratu mota horietan zehaztu beharreko informazio orokorra, mailegu-emaileek edo, hala badagokio,

²⁰ 2017ko ekainaren 8ko Auzitegi Gorenaren Epaia, 367/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/2509.

lotutako kredituaren bitartekariak edo izendatutako ordezkariak eman beharko dutena, modu argi eta ulergarrian, paperezko euskarrian edo beste edozein euskarri iraunkorretan edo formatu elektronikoa²¹.

b) *Informazio pertsonalizatua*

Informazio pertsonalizatua aldiz, 5/2019 Legearen 10. artikuluan jasota dago. Bertan informazio pertsonalizatua emateko betebeharra esleitzen zaio mailegu-emaileari, helburua izanik mailegu-hartzaile potentzialak finantza-produktuen ezaugarriak alderatzea eta aztertzea, kreditu-kontratuaren egokitasunari buruzko erabaki arrazoitua hartu ahal izateko. Informazio hori, EINF: Europako Informazio Normalizatuaren Fitxaren (“*FEIN: Ficha Europea de Información Normalizada*”) bitartez eman beharra dago, artikulua beraren bigarren paragrafoari jarraiki.

Lege beraren 14. artikuluan, berriz, gardentasunari buruzko arauak jaso dira. Lehenik eta behin, mailegu-hartzaileari eta, hala badagokio, fidatzaile edo bermatzaile gisa diharduenari Europako Informazio Normalizatuaren Fitxa emateko eskatzen zaio, mailegua sinatu baino hamar egun lehenago, 2014/17/EB Zuzentarauak II. eranskinean eskatzen duen moduan eta edukiarekin.

Fitxa horretaz gain, eta osagarri gisa, OEF: Ohartarazpen Estandarizatuaren Fitxa (“*FIAE: Ficha de Advertencias Estandarizadas*”) helaraztea exijitzen da baita ere, hamar eguneko aurrerapen berarekin. Fitxa horretan ostera, mailegu-hartzaile potentzialari jakinarazi behar zaio mailegu-kontratuan klausula edo elementu garrantzitsu batzuk daudela. Horretarako, Ohartarazpen Estandarizatuaren Fitxak, gutxienez, honako hauek jaso behar ditu: “hala badagokio, aplikatu beharreko korritu-tasa finkatzeko erabilitako erreferentziazko indize ofizialak; korritu-tasa aplikagarrian gutxienerako mugak egotea, korritu-tasa horri dagozkion indizeen be-

²¹ 5/2019 Legearen 9. artikulua.

heranzko aldagetaren ondorioz; maileguaren mugaeguneratze aurreratu gertatzeko aukera, ez-ordaintzearen eta horren ondoriozko gastuen ondorioz; maileguak emateari lotutako gastuen banaketa, eta mailegua atzerri-dirutan dagoela” (14.1.b. artikulua). Beraz, Ohartarazpen Estandarizatuen Fitxak Europako Informazio Normalizatuaren Fitxa osatzen du, kredituaren kostuan eta, beraz, mailegu-hartzaileak kontratatzeke erabakian eragina izan dezaketen gutxieneko alderdiak biltzen baititu.

Gainera, 14.1. artikulua bestelako eginbeharrak zehazten ditu egoera jakin batzuk gertatzen diren kasurako, nahiz eta atal honetan azalduko ez diren.

Adierazitakoaz gain, mailegu-emaileak azalpen egokiak eman behar dizkio mailegu-hartzaile potentzialari. Zehazki, emandako dokumentazioaren edukari, esanahiari eta garrantzi praktikoari buruz egiten zaizkion galdera guztiei erantzun beharko die. Azalpen horiekin batera, finantza-klausulen aplikazio praktikoaren adibideak emango dira (14.2. artikulua). Horrela, kontsumitzaileak balioetsi ahal izango du ea sinatu nahi duen kontratua eta haren zerbitzu osagarriak bere beharretara eta finantza-egoerara egokitzen diren. Era berean, kontratuaren xede nagusiari eragiten dioten klausulen existentzia eta irismen ekonomikoa ezagutzea lortu ahal izango da, klausula horiek gardentasun materialaren kontrola gaindi dezaten²².

Ondoren, mailegu-hartzaile potentzialak adierazpen bat sinatu behar du, dokumentuak jaso dituela eta profesionalak azalpen egokiak eman dizkiola adieraziz.

²² MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «El control de transparencia material». Ondoko lanean: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. 295-296. or.

Berriro ere, gardentasun materialaren auziari hartuta, eztabaida interes-garria piztuko litzateke kontratu aurreko informazioaren gainean fokoa jarritz gero. Izan ere, mailegu-hartzaileak sinatutako dokumentu horrek ez du berez egiaztatzen klausula horrek gardentasun materialaren kontrola gaintitzen duenik, mailegu-hartzaileak legeak eskatutako informazioa jaso duela eta mailegu-emaileak informazio-dokumentuen edukia azaldu diola adierazteak ez duelako esan nahi ulertu dituenik. Gainera, baliteke sinatutako adierazpen hori mailegu-emaileak alde aurretik egindako dokumentu bat izatea, agian kontsumitzaileak irakurri ez duena²³.

Horri dagokionez, Auzitegi Gorenak 2018ko martxoaren 23ko epaian²⁴ zehaztu du frogaren zama mailegu-emaileari dagokiola, eta mailegu-emaileak frogatu behar duela informazio kualifikatu guztia eman zuela, helburua lortzeko beharrezkoa zena. Azken batean, mailegu-hartzaileak klausularen edukia eta irismena ezagutzen zituela egiaztatu ezean, eta hori soilik gertatzen da hark nolabait onartzen badu; klausula gardena ez dela ulertu beharko da.

4.2) Notarioaren aholkularitza

5/2019 Legearen 15. artikuluan adierazi bezala, aurreko azpiatalean azaldutako dokumentuak entregatzeko eskakizunak bete direla egiaztatuko da notario-akta baten bidez, gutxienez mailegu-eskritura publikoa egiletsi baino egun bat lehenago, mailegu-hartzailea edo haren ordezkaria bertan dela.

Kontratuaren aurreko informazioaren araubidea 15.2. artikuluan aurreikusitako gardentasun materialaren printzipioa betetzeari buruzko notario-kontrolarekin osatzen da. Horretarako, notarioak egiaztatu eta

²³ MADRIÑAN VAZQUEZ, Marta. «Información precontractual (...)», *op. cit.*, 30. or.

²⁴ 2018ko martxoaren 23ko AGE, 170/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/1892. zk.

jasota utzi behar du, 14.1. artikuluan aipatzen diren dokumentuak ezarritako epean entregatzeaz gain, mailegu-hartzaileak planteatu dizkion gaiak eta horri buruz eman dion aholkularitza, bai eta EINFn eta OEFn jasotako klausula espezifikoei buruz banaka eman duen aholkularitza ere.

Akta nahitaezkoa denez, bidalitako dokumentaziotik, edo agerraldian interesdunek egindako adierazpenetatik, 14.1 artikuluan adierazitako betebeharrak garaiz eta behar bezala bete direla egiaztatzen ez bada, edo interesduna aholkularitza jasotzeko agertzen ez bada, notarioak aktan jasoko du, eta ezin izango da eskritura publikoa baimendu²⁵.

Baldintza horiek bete ondoren, aktaren edukia egiazkoa eta osoa dela ulertuko da, eta notarioak emandako aholkularitzaren eta mailegu-hartzaileak deskribatutako dokumentuen edukia ulertu eta onartzen duela dioen adierazpenaren frogaz izango da²⁶.

Aldiz, jurisprudentzia- doktrina finkatua²⁷ da notarioak gardentasunaren esparruan jarduteak ezin duela baztertu edo ordeztu mailegu-emai-leak legez esleituta dituen eta gardentasun materialaren oinarria diren kontratu-aurreko informazio-betebeharrak betetzea.

Laburbilduz, CÁMARA LAPUENTE²⁸ irakasleak adierazten duen bezala, 5/2019 Legeak gardentasuna indartzeko sistema berri bat ezartzen du higiezin gaineko kreditu-kontratuen eremuan, notarioak funtsezko tokia baitu, egin-eginean ere, aholkularitza ez ezik, “gardentasun materialaren

²⁵ 5/2019 Legearen 15.5. artikulua.

²⁶ MADRIÑAN VAZQUEZ, Marta. «Información precontractual (...)», *op. cit.*, 20. or.

²⁷ 2014ko irailaren 8ko AGE, 464/2014. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2014/4660. zk.; 2018ko maiatzaren 22ko AGE, 291/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/2387. zk.; 2018ko irailaren 12ko AGE, 487/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/3993. zk.

²⁸ CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Transparencia material y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Madrid, 2019, 84. zk., 19. or.

printzipioa betetzen dela egiaztatzea” ere esleitzen baitzaio, 15. artikuluan adierazitako baldintzetan. Hala ere, CARRASCO PERERA²⁹ irakasleak ondo adierazi duenez, “notarioaren eskumena ez da egiaztatzea erakunde finantzatzailearen jokabideari buruzko gardentasun-baldintzak bete direla bezeroarekiko”.

Egia esan, ezin da frogatu mailegu-hartzailearen eremu intimokoa den zerbait. Hala ere, horrek ez du esan nahi notario-lanak ez duenik balio egiaztatzeko mailegu-emaileak, gutxienez, Legeak ezartzen dion kontratu-aurreko betebeharra bete zuela; beraz, lan hori baloratzeko elementua izan daiteke.

4.3) Korritu-tasaren aldaketen kontrola

Kontratu aurreko informazioaren atala ixteko xedez, 5/2019 Legeak korritu-tasaren aldaketen baitako kontrola aipatzea geratuko litzateke, beti ere, informazio zehatz horri begira. Izan ere, lege horrek 14.1.c. artikuluan adierazten du korritu aldakorra duten maileguen kasuan, aurretik jasotako betebeharretaz aparte, mailegu-emaileak dokumentu bereizi bat aurkeztu beharko duela, korritu-tasen bilakaera-egoera desberdinetan mailegu-hartzaileak ordaindu beharreko aldizkako kuotak bereziki aipatuta.

Horrek adierazten du, legegileak interes berezia zuela mailegu-hartzaile babesteko, kontuan hartuta, legearen erredakzioaren aurreko urteetan emandako “lurzoru-klausulen” fenomenoak. Hala ere, “lurzoru-klausulen” auzia hurrengo atalean landuko da bereziki, kontratu aurreko informazioaren inguruko betebeharretaz aparte, bestelako mugapenak jaso dituztelako mailegu-emaileek ere bai.

²⁹ CARRASCO PERERA, Ángel. «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato». Ondoko lanean *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 341. or.

V. KLAUSULA ARAZOTSUAK

Aipatu babes a gorabehera, kontratu hauetako klausulen legezkotasunari buruzko zalantzak sortu ziren krisi ekonomikoaren ondorioz hipoteka-betearazpen prozedurak hasi zirenean, eta horregatik, azkenengo hamar urteetan milaka erreklamazio eman dira higiezin gaineko kreditu-kontratuen inguruko klausulen deuseztasuna eskatuz. Izan ere, testuan zehar azaldu bezala, argi geratu da mailegu-hartzaileek, kasu askotan, modu akritikoan eta, hein batean, kontratu aurreko informazio faltagatik justifikatuta, kontratu horiek sinatzen dituztela banketxeak alde aurretik prestatuta zituen klausulen irismena ulertu gabe.

Horren ondorioz, hamaika aldiz posizionatu dira epaietan Espainiako Auzitegi Gorena zein Europar Batasuneko Justizia Auzitegia. Bestek beste, lurzoru-klausulen, hipoteka-gastuen, aurretiaz mugaeguneratzeko klausulen eta irekiera-komisioen inguruan mintzatu dira. Hortaz, hurrengo azpiataletan klausula zehatz horien inguruko azterketa jurisprudenziala zein legegintzaren arlokoa egingo da.

5.1) Lurzoru-klausulak

Klausula hauek mugatzen dute korritu aldakorreko maileguen korritu-tasa, diferentziala gehi ordainketa-korritua ehuneko jakin bat baino txikiagoa izan ez dadin, praktikan “lurzoru” gisa funtzionatzen duena. Mailegu-hartzaileek maileguaren kostuaren murrizketari etekina ateratzeko aukera galtzen dute, erreferentzia-indizea ezarritako gutxieneko tasa baino txikiagoa denean. Ondorioz, korritu-tasa aldakorra izan baino, tasa finko bihurtuko da, erreferentzia-indizeak maileguaren indizea gainditzen ez duen aldi.

2014. urtean adibidez, Euribor tasa beste urte batzuetan baino txikiagoa izan zen, eta mailegu-hartzaileek gainkostu bat jasan zuten, Euri-

bor tasa ordaindu beharrean, maileguan ezarritako minimoa ordaintzen ari zirelako. GENTO MARHUENDA³⁰ egileak adierazten du, 2014. urtean lurzoru-klausula onartu zuten mailegu-hartzaileentzat korritu-tasa %3,22koa izango litzatekeela, eta aldiz, lurzoru-klausula izan ezean, %1,55koa. Beraz, %1,67ko ezberdintasuna legoke. Ekonomikoki alde nabaria suposatzen du horrek duda-izpirik gabe.

Orain, azterketa jurisprudentzialari helduta, nabarmentzekoa da Auzitegi Gorenak 2013ko maiatzaren 9an³¹ ezarritako aurrekaria, lurzoru-klausulen deuseztasuna adierazi baitzuen lehenengoz. Auzitegi Gorenak ulertu zuen banketxeek informazio egokia ematen ez zutenean, kontsumitzaileek ez zutela baloratzen zer eragin ekonomiko eta juridiko zuen maileguan horrelako estipulazioak sinatzeak. Are gehiago, adierazi zuen horrelako klausulek zaildu egiten dutela eskaintzak alde-ratzea, eta, gainera, oztopatu egin dezaketela haien eragina, baldin eta «sabai-klausula³²» bat badute, oro har amu gisa balio duena. Hala ere, epai horrek emandako ondorioek ez zuten atzeraeraginik eduki. Hori dela eta, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2016ko abenduaren 21ean³³ kontrakoa adierazi zuen, Auzitegi Gorenak ezarritako denbora-mugape-nak kontsumitzaileei babes mugatua, osatugabea eta eskasa ematea zeka-rrela, ebazpena argitaratu aurretik ezarritako klausulen erreklamazioa murrizten baitzuen. Ondorioz, Auzitegi Gorenak Europar Batasuneko

³⁰ GENTO MARHUENDA, Pedro. «El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva». *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Gaztela Mantxa, 2014, 10. zk., 31. or.

³¹ 2013ko maiatzaren 9ko AGE, 241/2013. zk. Aranzadi erreferentzia: 2013/3088. zk.

³² Lurzoru-klausularen funtzioaren antzera, sabai-klausularekin ordaindu beharreko korritu-tasari gehieneko bat ezartzen zaio.

³³ Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilotutako C-154/15 eta C-307/15 gaien epaia (Sala Nagusia), 2016ko abenduaren 21ekoa, Cajasur Banco S.A.U., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., eta Emilio Irlés Lopez eta Teresa Torres Andreu-ren kontra, ECLI: EU: C: 2016: 980.

Justizia Auzitegiak ezarritako doktrina moldatu behar izan zuen barne-zuzenbidera.

Legeriari begira, lehenik eta behin gogoratu beharra dago 5/2019 Legeak ahalegin berezia egin duela lurzoru-klausulei dagokionez. Horrenbestez, korritu-tasa finkoa edo aldakorra den maileguaren publizitatean adierazi beharko da³⁴, eta kontratu aurreko informazioaren baitan, mailegu-emaileak aparteko dokumentu bat eman beharko dio mailegu-hartzaileari, korritu-tasen bilakaera egoera desberdinetan mailegu-hartzaileak ordaindu beharreko aldizkako kuotak adierazten duena³⁵.

Ildo berari segiz, Espainiako legegileak korritu-tasaren mugei buruzko auziak ezabatzea erabaki du, 21. artikuluan jasotako bi aurreikuspenekin. Alde batetik, lurzoru-klausulak debekatzen ditu, hurrengoa adierazita: “korritu-tasa aldakorra duten eragiketetan ezin izango da korritu-tasaren beheranzko mugarik ezarri”³⁶. Beste alde batetik, zero-klausulen onarpena jaso da, zeintzuen bitartez erakunde mailegu-emaileak ziurtatzen duen maileguak ez duela korriturik sortuko mailegu-hartzailearen alde (“eragiketa horien ordainketa-korritua ezin izango da negatiboa izan”)³⁷.

Laburbilduz, baieztatu daiteke legegileak hautetsi duela korritu-tasaren aldakortasunerako mugak debekatzea.

5.2) Hipoteka-gastuak

Klausula hauen bidez, mailegu-hartzaileari esleitzen zaizkio hipoteka-maileguaren eragiketa formalizatzeko gastu guztiak, alde batera utzita

³⁴ 5/2019 Legearen 6. artikulua.

³⁵ 5/2019 Legearen 14.1.c. artikulua.

³⁶ 5/2019 Legearen 21.3. artikulua.

³⁷ 5/2019 Legearen 21.4. artikulua.

nori dagokion ordainketa egitea, gastua arautzen duen sektore-araudiaren arabera, hala nola, notario-zergak, Jabetza Erregistroko zergak, gestoria-gastuak, tasazio-gastuak eta egintza juridiko dokumentatuen gaineko zerga.

Auzitegi Gorenak 2015ko abenduaren 23ko³⁸ epaian ekarri zuen gai hau hizpidera lehendabizi. Hasteko, mahaigaineratu beharko litzateke nola epaiak ebatzi zuen kasazio-errekurtsoa akzio kolektibo batetik zertorela, eta, beraz, klausularen deuseztasuna deklaratu zela, baina gastuak ez zirela banatu kontratuko alderdien artean. Gainera, ebazpen horrek ez du iritzirik ematen horrelako klausuletan sartu ohi diren eta mailegu-hartzaileei ere jasanarazten zaizkien beste gastu batzuei buruz, hala nola gestoria eta tasazio-gastuei buruz.

Interesgarria litzateke baita ere Auzitegi Gorenak 2019ko urtarrilaren 23an³⁹ argitaratutako epaiak ikertzea, hipoteka-gastuen ordainketa zehaztu baitzuten. Horietan hurrengo gastuen banaketa ezartzen da: mailegu-emaileak eta mailegu-hartzaileak erdibana ordaindu beharko dituzte notario-zergak; erregistro-zergak mailegu-emaileak ordainduko ditu, hipoteka-bermea haren alde inskribatzen baita; egintza juridiko dokumentatuen gaineko zergari dagokionez, berretsi dute zerga-kuoten banaketa, aurreko epaietan ezarritakoa; eta, azkenik, izapidetze-gastuak erdibana ordainduko dira, kudeatzailearen esku-hartzea kontratuko bi aldeentzat onuragarria dela ulertzen delako.

Banaketa hori, ostera, ez dator bat 5/2019 Legeak ezarritakoarekin, izan ere arauak, jarraian azalduko den bezala, mailegu-emaileari esleitzen dio gastu horien zama ekonomikorik handiena. Honela mugatzen

³⁸ 2015eko abenduaren 23ko AGE, 705/2015. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2015/5714. zk.

³⁹ 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 46/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/90. zk.; 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 47/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/91. zk.; 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 48/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/93. zk.; 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 49/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/92. zk.

da hipoteka-gastuen banaketa: mailegu-emaileari dagozkio gestoria-gastuak, hipoteka-maileguaren eskriturako notario-zergen kostua, bermeak jabetza-erregistroan inskribatzeko gastuak, eta ondare-eskualdaketen eta egintza juridiko dokumentatuen gaineko zerga. Bestalde, mailegu-hartzaileari dagokio tasazio-gastuak eta eskrituraren kopiak ordaintzea, hala eskatzen badu⁴⁰.

5.3) Aurretiaz mugaeguneratzea

Hipoteka-maileguetako estipulazio honi dagokionez, mugaeguneratze aurreratua justifikatzen duen arrazoia, nagusiki, mailegatutako kapitala ez ordaintzea da; beraz, zehaztu beharra dago ez-ordaintzeak noiz sortzen duen mailegu-hartzaileak mailegatutako dirua itzultzeko duen betebeharraren ez-betetze larri edo nabarmena.

Prozedura Zibilaren Legeak⁴¹ 2013. urtean izandako erreformaren ostean (1/2013 Legearen bidez), exijitzen du mailegu-hartzaileak hiru hileroko ordaintzeari uztea, mailegu-emaileak maileguan utzitako zenbateko osoa itzultzeko eskatu ahal izan dezan, gehi dagozkion korrituak eta gastuak. Dena den, aipatu beharko litzateke erreforma horrek bete-arazpena abiarazteko exijitzen duela hiru kuota ez ordaindu izana, eta, beraz, epe hori prozedurazko baldintza bihurtzen da. Ordea, horrek ez du argitzen klausula abusuzkoa den ala ez.

Egoera horren aurrean, Espainiako organo judizialek ez dute jarrera uniformerik izan klausula horren baliozkotasunari edo baliozkotasunik ezari dagokionez: organo batzuek hipoteka-bete-arazpen guztiak eteten zituzten, uste zutelako desoreka sortzen zutela kontsumitzaileen eskubi-

⁴⁰ 5/2019 Legearen 14.1.e. artikulua.

⁴¹ Urtarrilaren 7ko 1/2000 Legea, Prozedura Zibilari buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 7. zk., 2000eko urtarrilaren 8koa, 323. or.

deentzat, eta beste batzuek, berriz, hipoteka-betearazpenekin jarraitzen zuten.

Mugaeguneratze aurreratuaren klausulak, halaber, arazo bat planteatzen du: deuseza dela ezartzekotan, klausula kanporatzeak ekarriko zituen ondorioen zehaztapena; izan ere, mailegu-emailea baztertzea ekarriko luke, zordunaren ez-betetze errepikatuen aurrean. Hori ebazteko asmoz, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiari arazo prejudizial bat planteatu zitzaion. Auzitegi horrek adierazi zuen⁴² abusuzkotzat jotako klausula bat partzialki kontserbatzea, haren funtsezko edukia aldatuta, Europako Kontseiluaren 93/13/EB Zuzentarauaren, 1993ko apirilaren 5ekoaren⁴³ 6 eta 7. artikuluen aurkakoa dela. Aitzitik, ez da manu horien aurka jartzen epaile nazionalak mugaeguneratze aurreratuaren klausularen deuseztasunari konponbidea ematea eta horren ordez klausula hori eragin zuen lege-xedapenaren idazketa berria jartzea, edo kontratuaren alderdien arteko hitzarmena lortzea, kasuan kasuko hipoteka-maileguaren kontratuak ezin badu iraun klausula hori gabe, eta kontratua deuseztatzeak bereziki kaltegarriak diren ondorioak eragiten badizkio kontsumitzaileari.

Legegileak aurretik aipatutako Prozedura Zibilaren Legeko manua aldatu du 5/2019 Legearen bitartez. Hartara, erregulazio bat ematen du, non, mugaeguneratze aurreratua gerta dadin, kontuan hartuko dira, alde batetik, ez-ordaintzea gertatu den unea eta zor den maileguaren zenbatekoa, eta, bestetik, ordaindu gabeko hilekoen kopurua.

⁴² Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-70/17 eta C-179/17 gaien epaia (Sala Nagusia), 2019ko martxoaren 26koa, Abanca Corporación Bancaria, S.A. Alberto García Salamanca Santosen kontra eta Bankia, S.A. Alfonso Antonio Lau Mendoza eta Verónica Yuliana Rodríguez Ramírezen kontra, ECLI: EU: C: 2019: 250.

⁴³ Europako Kontseiluaren 93/13/EB Zuzentarauaren, 1993ko apirilaren 5ekoa, kontsumitzaileekin egindako kontratuetaiko abusuzko klausulei buruzkoa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 95. zk, 1993ko apirilaren 21ekoa, 29. or.

Zehatzago esanda, mailegu-hartzailea berandutza-egoeran egon behar da maileguaren kapitalaren edo korrituen zati bat ordaintzean, eta mugaeguneratutako eta ordaindu gabeko kuoten zenbatekoa, gutxienez, honako hau izan behar da: (i) emandako kapitalaren %3, berandutzea maileguaren iraupenaren lehen erdian gertatzen bada, eta, betiere, zordunak bere betebeharra bete ez badu gutxienez hamabi hilabetez; (ii) emandako kapitalaren %7, berandutzea maileguaren iraupenaren bigarren erdian gertatzen bada, eta, betiere, zordunak bere betebeharra bete ez badu gutxienez hamabost hilabetez⁴⁴.

Horrela, 5/2019 Legeak, mugaeguneratze aurreratua arautzean, «ez-ordaintze esanguratsutzat» hartzen denaren kontzeptu bat ematen du, 2013ko erreforman ezarritakoa baino egokiagoa, kontratuaren alderdien eskubideei oreka handiagoa emateko helburuarekin; izan ere, ordaindu gabeko hileko kopurua ez ezik, ez-betetzea gertatzen den aldia eta ordaintzeke dagoen kapitala ere hartzen dira kontuan ez-betetzea zehazteko.

5.4) Irekiera-komisioa

“Irekiera-komisio” klausularen bidez, mailegu-hartzaileak maileguemaileari zenbateko finko bat edo maileguaren zenbateko osoaren ehuneko jakin bat ordaindu behar dio, mailegua sinatzen den unean behin bakarrik, maileguaren administrazio- eta kudeaketa-gastuak estaltzeko.

Aurreko estipulazioetan bezala, organo judizialek ez zioten aho batez erantzun auzi honi. Irekiera-komisioa deuseztat jotzearen aldeko hainbat argudio daude: ebazpen batzuen arabera⁴⁵, ez du elkarrekikotasunik,

⁴⁴ 5/2019 Legearen 24. artikulua.

⁴⁵ Ourenseko Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2015ko maiatzaren 18koa, 172/2015. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2015/143410; Soriako Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2018ko urtarrilaren 15ekoa, 5/2018. zk., Aranzadiko erreferentzia: 2018/52468.

Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorraren⁴⁶ 87.5 artikulua araberak; beste batzuen iritzirako, ordea, irekiera-komisioa ordaintzeko eragiketak (arriskuaren kalkulua, maileguaren bideragarritasuna eta instrumentalizazioa, etab.) banku jarduerari datzekio eta ezin zaizkio mailegu-hartzaileari egotzi⁴⁷; beste batzuek, azkenik, uste dute komisioaren zenbatekoa ez dela proportzionala mailegua aztertu, izapidetu eta ematearen ondoriozko gastuekin⁴⁸.

Aitzitik, irekiera-komisioaren baliozkotasunaren alde hainbat argudio aurki daitezke; horietako bat da itun-askatasunaren printzipioa errespetatzen duela, eskritura publikoan onartuta dagoelako eta benetan emandako zerbitzuei buruzkoak direlako⁴⁹. Beste ebazpen batzuek, aldiz, uste dute irekiera-komisioak kontratuaren prezioa barne hartzen duela, eta, beraz, klausulak ezin duela edukiaren kontrola jasan sartze-kontrola eta gardentasun-kontrola gainditzen baditu⁵⁰.

⁴⁶ Azaroaren 16ko 1/2007 Legegintzako errege-dekretua, Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorraren eta beste lege osagarri batzuen testu bategina onartzen duena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 287. zk., 2007ko azaroaren 30ekoa, 20555. or.

⁴⁷ Zaragozako Audientzia Probintzialaren Epaia, 5. sekzioa, 2017ko urtarrilaren 5ekoa, 27/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: AC 2017/1.

⁴⁸ Asturiaseko Audientzia Probintzialaren Epaia, 6. sekzioa, 2017ko ekainaren 2koa, 193/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/171741.

⁴⁹ Castelloneko Audientzia Probintzialaren Epaia, 3. sekzioa, 2017ko otsailaren 15ekoa, 45/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/109897; Zamorako Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2017ko martxoaren 30ekoa, 101/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/123738.

⁵⁰ Coruñaeko Audientzia Probintzialaren Epaia, 4. sekzioa, 2017ko ekainaren 7koa, 211/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/190352; Leoneko Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2018ko ekainaren 15ekoa, 250/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/192478.

Azkenik, Auzitegi Gorenak auzia ebatzi zuen⁵¹, irekiera-komisioaren baliozkotasuna berretsiz, ordainketa-korrituarekin batera maileguaren prezioaren bi partida nagusiak direla iritzita. Ildo horretan, Auzitegi Gorenak arrazoitu zuen gardentasun materialerako eskatzen diren baldintzak betetzen dituela; izan ere, mailegu-emaileak kontratu aurreko informazioa ematen du banku-gardentasunari buruzko araudiak araututako informazio normalizatuko fitxen barruan.

Epaia justifikatzen du irekiera-komisioa benetan emandako zerbitzu baten ondorio dela: eskaeraren eta harekin lotutako kudeaketan azterketa, eskatzailearen kaudimenari buruzko informazioa biltzea eta aztertzea, mailegua bere iraupen osoan ordaintzeko duen gaitasuna, aurkeztutako bermeen ebaluazioa, kontratuaren prestaketa eta harpidetza, mailegatu-tako dirua mailegu-hartzailearen kontuan sartuta entregatzea edo hark izendatzen duen moduan, etab. Zerbitzu horiek, Auzitegi Gorenaren arabera, ez dute zerikusirik dirua mailegu-hartzailearen esku jartzean datzan zerbitzuaren izaerarekin, eta horrek justifikatzen du banku-jarduera horri buruzko araudiak prezioaren zati gisa irekiera-komisio bat kobratzeko aukera aurreikustea.

5/2019 Legeak⁵² honi dagokionez esaten du irekiera-komisioa baliozkoa izango dela, baldin eta behin bakarrik sortzen bada, eta hor sartzen direla mailegua aztertzeko, izapidetzeko edo emateko gastu guztiak, bai eta mailegua emateak mailegu-emaileari eragiten dizkion antzeko beste batzuk ere.

Klausula arazotsu horien guztien artean, Gradu Amaiera lan honen mui-na osatzen dutenak jorratuko ditugu jarraian, jurisprudentziaren aldetik, ia kontsumitzaile oro ukitzen duen gai esanguratsua eta berria izateagatik.

⁵¹ 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 44/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/114. zk.

⁵² 5/2019 Legearen 14.4. artikulua.

VI. BEREZIKI HIPOTEKA-GASTUEN ITZULKETARI BURUZKO JURISPRUDENTZIA

6.1) Arazoaren planteamendua

Aurreko atalaren jarraipen gisa, honetan azkenengo urteetako epai esanguratsuenak izango dira aztergai. Izan ere, nahiz eta Espainiako Zuzenbideak 5/2019 Legea aurreikusi hipoteka-gastuen auziaren problematikarekin bukatzeko, ordutik hona askotariko doktrina finkatu duten epaiak egon dira. Ondorioz, orain arte ondorioztatu moduan, ez da erantzun homogeneousik eman botere judizialek.

2019. urtetik orainaldira bitartean Espainiako Auzitegi Gorenak eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ikuspuntu desberdinak plazaratu dituzte hurrengo inguruan: (i) irekiera-komisioaren baliozkotasuna, hori kreditu-kontratuaren prezioaren egituraren parte den eta horren gardentasunaren kontrola; (ii) hipoteka-gastuak kontsumitzaileari egotzen dizkieten klausulen gehiegikeria eta gehiegikeria horren ondorioak; eta (iii) hipoteka-gastuak itzultzeko akzioaren preskripzio-epaia. Heterogeneotasun horren eraginez, hamaika izan dira Lehenengo Instantziako Epaitegien zein Probintzia Auzitegien epaien eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak jasotako doktrinaren artean eman diren talka juridikoak.

6.2) Aurreko ebazpenak

Sekzio honetan ikertuko den jurisprudentzia lau etapetan bana genezake: (i) lehenik, Auzitegi Gorenak 2019ko urtarrilaren 23an emandako hainbat epai; (ii) bigarrenik, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2020ko uztailaren 16an emandako epaia (eta horren ondorioz Auzitegi Gorenak egindako doktrina moldaketa); (iii) hirugarrenik, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2023ko martxoaren 13an emandako epaia; eta

(iv) azkenik, Auzitegi Gorenak 2023ko maiatzaren 29an emandako epaia (2019an jasotako doktrina berritzeko asmoz).

Lehenik eta behin, aipatu beharko litzateke 2019ko urtarrilaren 23an Auzitegi Gorenak bi auzi eduki zituela eztabaidagai: irekiera-komisioa eta hipoteka-gastuak.

Alde batetik, epai batean⁵³ irekiera-komisioaren gehiegikeriaren inguruan erabakia hartu zuen, Probintzia Auzitegietan mantendu ziren irizpideen arteko aldeari amaiera emanez. Izan ere, auzi hau ebatzi zuen Auzitegia Probintzialak irekiera-komisioaren gehiegikeria oinarritu zuen esanez ordaindu nahi diren jarduerak banku-erakundearen barne-jarduerak direla, banku-negoziari atxikiak, eta ez diotela inolako zerbitzurik ematen bezeroari. Auzitegi Gorenak ordea, ez du posizionamendu hori onartzen. Auzitegiak uste du irekiera-komisioa ez dela gainerakoen berdina, kontua ez baita zerbitzu bat ordaintzea, klausula hori maileguren prezioaren zati bat dela baizik⁵⁴. Edo bestela esanda, mailegu orok bi kostu mota dakartza bankuarentzat: gordailuak lortzea eta ordaintzea, eta mailegu indibiduala sortzea. Bankuak maileguari jartzeko dion prezioak kostu horiek eta etekina estali behar ditu, eta horrek justifikatzen du maileguren prezioan bi mota bereizten direla: irekiera-komisioa, gastu horiek konpentsatzen dituen, eta interesa, diruaren erabilgarritasuna ordaintzen duena.

Beste alde batetik, hiru epai gehiago eman ziren egun berean⁵⁵, hipoteka-gastuen klausulen gehiegikeriaz eta horren ondorioez doktrina

⁵³ 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 44/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/114. zk.

⁵⁴ 13. apartatua.

⁵⁵ 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 46/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/90. zk.; 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 47/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/91. zk.; 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 48/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/93. zk.; 2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 49/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/92. zk.

emanen. Ordura arteko Auzitegi Gorenaren doktrinak ulertzen zuen klausula deuseza zela bere osotasunean, zordunari gastuak bereizi gabe ezartzen dizkiolako. Hala ere, epai hauetan adierazi bezala, hirugarrenei egin beharreko ordainketak direnez, abusuzko adierazpenak ezin du ekarri hirugarren horiek legez dagokiena jasotzeari uztea. Ondorioz, horrelako klausularik egon ezean aplikatuko liratekeen arauak aplikatzeak esan nahi du kontratuan inoiz sartu ez balitz bezala jokatu behar dela. Horregatik Auzitegi Gorenak uste du bidezkoa dela, klausula hori ezarri ez den egoerara itzultzeko, mailegu-emaileari legokiokkeen zenbatekoa zordunari ordaintzea. Jarraitzeko, klausula mota hauen gehiegikeriaz mintzatzen da, Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorraren 82. artikuluan oinarrituta. Izan ere, desoreka garrantzitsua-ren kontzeptuaren baitako eztabaida mahaigaineratzen du, eta adierazten du hori ez dela aztertu behar kontratuaren guztizko zenbatekoari dagokionez, baizik eta arau osagarriak aplikatzearen emaitzari dagokionez. Horiek aplikatuz gero, mailegu-hartzaileak ez litzukeenez gastu guztiak ordaindu behar, Auzitegiak uste du klausula abusuzkotzat jo behar dela. Amaitzeko, Auzitegi Gorenak iritzi berri bat ematen du ordaindutako hipoteka-gastuen itzulketari buruz. Horretarako, abiapuntutzat hartzen du hipoteka-maileguaren kontratuan bi figura juridiko ezberdin sartzen diren arren, mailegua (kontratua) eta hipoteka (eskubide erreala), biak direla bereizezinak. Notaritza-gastuei dagokienez, Auzitegiak uste du bi alderdiek interesa dutela horretan, eta, beraz, zentzuzkoena erdibana ematea dela. Erregistro-gastuei dagokienez, zehazten du eskubidea horren alde erregistratzen denari dagokiola gastu hori osorik, beraz, mailegu-emaileari dagokio hori ordaintzea. Gestoria-gastuei dagokienez, kudeaketak bi alderdien intereserako edo onurarako egiten direla uste du, eta, beraz, erdibana banatu behar direla.

Bigarrenik, interesgarria litzateke Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2020ko uztailaren 16an emandako epaia ikustea⁵⁶, aurreko epaie-tan emandako aterabideen inguruko eztabaidarekin jarraitzeko. Hipoteka-gastuekin hasteko, Auzitegi honek dio klausula bat abusuzkotzat jo eta, ondorioz, baliogabetzat jo ondoren, haren eraginkortasuna balioga-betu egiten dela eta ezin dela aplikatu; beraz, organo judizial nazionalak ezin du hura moderatu, jarduera horrek 93/13/EB Zuzentarauak ezarri-tako disuasio-efektua murriztuko lukeelako⁵⁷. Horrenbestez, hizpaketa inoiz adostu ez balitz bezala jokatu behar da, eta mailegu-hartzailea «de facto» eta «de iure» egoera berean kokatu behar da berriro, abusuzkotzat jotako estipulazioa aplikatu izan ez balitz bezala, eta egoera horrek kontsumitzaileak bidegabe ordaindutako zenbatekoak itzuli beharra dakar berekin⁵⁸. Irekiera-komisioarekin jarraituz, honek argudiatzen du ezin dela jo hipoteka-mailegu baten funtsezko prestaziotzat, komisio hori maileguaren guztizko kostuan sartuta egote hutsagatik⁵⁹. Bestalde, jasotzen du finantza-erakundeari dagokiola egiaztatzea zer zerbitzuri dago-kion irekiera-komisioa, haren funtzionamendu-mekanismoa eta maile-gu-kontratuaren barruan duen eginkizun espezifikoa⁶⁰. Aitzitik, betetzen ez bada, alderdien artean desoreka handia dagoela adierazi beharko da. Azkenik, itzulketa-akzioaren preskripzio-epearen gaiari heltzen dio bi printzipioetan oinarrituta: baliokidetasun printzipioa eta eraginkorta-sun printzipioa. Lehenengoari lotuta, gogoratzen du Espainiako Kode Zibilean ez dela arautzen itzulketa-akzioaren preskripzio-epaia. Bigarre-

⁵⁶ Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilotutako C-224/19 eta C-259/19 gaien epaia (Laugarren Sala), 2020ko uztailaren 16koa, CY Caixabank S.A.ren kontra eta LG eta PK Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.ren kontra, ECLI: EU: C: 2020:578.

⁵⁷ 50 eta 51. apartatuak.

⁵⁸ 52 eta 53. apartatuak.

⁵⁹ 64. apartatua.

⁶⁰ 70. apartatua.

nari dagokionez ordea, esaten du kontsumitzaile batentzat konplikatuegia izan daitekeela itzultze-eskubideak baliatzea, ekintza horren «dies a quo»-a kontratua egiten den unean finkatuz gero⁶¹. Hala ere, kontuan hartuta noiz erreklamatu zezakeen kontsumitzaileak gastuen itzultzea, jurisprudentziaren ondorioz; akzioa egikaritzeko aukera zenbatzeko «dies a quo» delakoa 2019ko urtarrilaren 23an finkatu beharko litzateke, gutxienez, Auzitegiaren esanetan. Ondorioz, uler liteke hipoteka-gastuen klausularen deuseztasuna itzultzeko akzioa ez litzatekeela preskribatuko 2024ko urtarrilaren 23ra arte, lehen adierazitako datatik bost urte zenbatuta. Azaldu berri den doktrina aplikatu zuen Auzitegi Gorenak 2020ko uztailaren 24an⁶², hurrengoa jasota epaian: (i) indarrrik gabe uztea banketxea mailegu-hartzaileari Egintza Juridiko Dokumentatuen Gaineko Zergaren gastua ordaintzera kondenatzen zuen epaia; (ii) banketxea kondenatzea mailegu-hartzaileari erregistro-gastuak itzultzera, eta (iii) banketxea kondenatzea notario-gastuen erdia ordaintzera, hipoteka-maileguaren eskritura egilesteari dagokionez.

Hirugarrenik, Auzitegi Gorenak bidalitako arazo prejudizialari erantzuna emateko, 2023ko martxoaren 16an Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak⁶³ hitza hartu zuen berriro irekiera-komisioen inguruan. Honetan, berriro ere, irekiera-komisioa hipoteka-mailegu edo -kredituko kontratuaren prezioaren egituraren parte ez dela iritzi zion, edukiaren kontrolaren mende geratzen dela, eta organo judizial nazionalen esku uzten duela gehiegikeria zehaztea. Lehenik eta behin, Auzitegi Gorenak galdetu zuen 93/13/EB Zuzentarauaren 4.2. artikulua arabera irekiera-komisioak

⁶¹ 91 eta 92. apartatuak.

⁶² 2020ko uztailaren 24ko AGE, 457/2020. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2020/2358. zk.

⁶³ Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-565/2021 gaiaren epaia (Laugarren Sala), 2023ko martxoaren 16koa, Caixabank S.A. Xren kontra, ECLI: EU: C: 2023:212.

abusuzko klausulak kontrolatzeko mekanismotik kanpo geratzen bazen. Horri erantzunez, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak eutsi egin zion artikulua horri buruzko interpretazioari, hau da, klausulak ez dira kontratuaren objektu nagusiaren definizioari buruzkoak izango, ezta alde bate-tik, prezioaren eta ordainsariaren eta, bestetik, ordain gisa eman beharreko zerbitzu edo ondasunen arteko egokitzapenari buruzkoak ere, baldin eta klausula hori argi eta modu ulergarrian idazten bada⁶⁴. Auzitegiak ondo-rioztatu zuen 93/13/EB Zuzentarauaren 4.2 artikulua interpretatu behar dela jurisprudentzia nazional baten aurka dagoela. Izan ere, araudi nazio-nala ikusita, zeinak agintzen baitu irekiera-komisioak hipoteka-mailegua, -kreditua edo antzeko beste zerbitzu batzuk aztertzearekin, ematearekin edo izapidetzearekin lotutako zerbitzuak ordaintzen dituela, uste du ko-misio hori ezartzen duen klausula kontratuaren objektu nagusiaren parte dela xedapen horren ondorioetarako, komisio hori prezioaren partida nagusietako bat dela ulertzen duelako. Bigarrenik, irekiera-komisioaren izaera argia eta ulergarriaren balorazioaren inguruan, Auzitegiak esan zuen 93/13/EB Zuzentarauaren 5. artikulua honela interpretatu behar dela: mailegu-hartzaileak irekiera-komisio bat ordaintzea xedatzen duen kontratu-klausula baten izaera argi eta ulergarria baloratzeko, epaile es-kudunak egiaztatu beharko du, dagozkion egitezko elementu guztiak ikusita, mailegu-hartzailea klausula horrek berarentzat dakartzan ondorio ekonomikoak ebaluatzeko moduan dagoela, emandako zerbitzuen izaera bertan aurreikusitako gastuen kontrapartida gisa ulertzeko moduan eta kontratuan aurreikusitako gastuen edo ordaintzen diren zerbitzuen ar-tean gainjartzerik ez dagoela egiaztatzeke moduan⁶⁵. Hirugarrenik, eta bukatzeko, Auzitegiak ondo-rioztatu zuen 93/13/EB Zuzentarauaren 3.1 artikulua aurkakoa izango litzatekeela Estatu mailako jurisprudentzia

⁶⁴ 15. apartatua.

⁶⁵ 43-45 apartatuak.

bat, ondorioztatzen duena inola ere ezin dela abusuzkotzat jo irekiera-komisio bat ezartzen duen klausula, xedetzat mailegua emateak eragindako erakunde mailegu-emailearen jarduerari datxezkion eta araudi nazionalan aurreikusitako zerbitzuak dituelako.

Laugarrenik, eta atal honekin amaitzeko, azpimarratzekoa litzateke 2023ko maiatzaren 29an Auzitegi Gorenak emandako epaia⁶⁶, irekiera-komisioaren inguruko eztabaidari jarraipena ematen diolako. Bertan ezartzen da irekiera-komisioari edukia kontrola dakiokela 93/13/EB Zuzentarauaren arabera, gardena ez bada ere, kontratuaren funtsezko elementuen parte ez delako. Ondoriozta daiteke Auzitegi Gorenak bere doktrina aldatzen duela irekiera-komisioaren abusuzkotasunaren balorazioari dagokionez, gardena bada ere, onartzen baitu hipoteka-mailegu edo -kredituaren kontratua definitzen duen klausula osagarria dela, eta ez haren funtsezko elementua. Hala ere, horrek ez du esan nahi irekiera-komisioa abusuzkoa denik, kontrakoa baizik. Kasu bakoitza banan-banan aztertu ondoren eta 2023ko martxoaren 16ko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren irizpideak aplikatuta zehaztu beharko da haren deuseztasuna.

6.3) Azken epaia

Lan honen muina da 2024ko urtarrilaren 25ean Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak emandako epaia⁶⁷, horrek egungo gizartean izandako oihartzunagatik. Epaia horrek Bartzelonako Probintzia Auzitegiak 2023ko abenduaren 9ko autoaren bidez kontsumitzaileen arloan planteatutako bi

⁶⁶ 2023ko maiatzaren 29ko AGE, 816/2023. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2023/3307. zk.

⁶⁷ Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilotutako C-810/21 eta C-813/21 bi-tarteko gaien epaia (Bederatzigarren Sala), 2024ko urtarrilaren 25ekoa, Caixabank S.A. WE eta XAren kontra, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. TB eta UKren kontra, Banco Santander S.A. OGren kontra, OK eta PI Banco Sabadell S.A.ren kontra, ECLI: EU: C: 2024:81.

arazo prejudizial ebatzen ditu (lehenengoa bi punturekin). Arazo prejudizialak planteatzearen helburua da kontsumitzaileekin egindako kontratuetako abusuzko klausulei buruzko 93/13/EB Zuzentarauaren 6.1 eta 7.1 artikulua interpretatzea. Itzulketa-akzioaren preskripzioa zenbatzen hasteko epeek sortutako zalantzen aurrean, Bartzelonako Probintzia Auzitegiak epaiketa aurreko bi arazo planteatzen ditu:

- 1) (a) Mailegu-hartzaileari kontratua formalizatzeko gastuak ezartzen dizkion klausula baten deuseztasun-adierazpenaren itzultze-ondorioak baliatzeraz bideratutako akzio bat egikaritzean, bateragarria al da 93/13/EB Zuzentarauaren 6. artikuluko 1. paragrafoarekin eta 7. artikuluko 1. paragrafoarekin akzioaren egikaritzea hamar urteko⁶⁸ preskripzio-epearen mende jartzea, klausulak azken ordainketaren likidazioarekin ondorioak agortzen dituenetik zenbatzen hasita?; izan ere, une horretan kontsumitzaileak abusuzko egintza erabakigarriak ezagutzen ditu, edo beharrezkoa da kontsumitzaileak egitateen balorazio juridikoari buruzko informazio gehigarria izatea? (b) Beharrezkoa bada egitateen balorazio juridikoa ezagutzea, epea zenbatzen hasteko baldintza izan behar al da klausularen deuseztasunari buruzko jurisprudentzia-irizpide finkatu bat egotea, edo auzitegi nazionalak beste inguruabar batzuk har ditzake kontuan?
- 2) Itzulketa-akzioa hamar urteko preskripzio-epe luzearen mende dagoenez, noiz egon behar du kontsumitzaileak klausularen abusuzko izateara eta 93/13/EB Zuzentarauak ematen dizkion eskubideak ezagutzeko moduan, preskripzio-epea zenbatzen hasi aurretik edo epea amaitu aurretik?

Auzitegiak lehenengo arazo prejudizialaren lehenengo atalari heltzen dio bigarren arazo prejudizialarekin batera. Hasiera emateko, Luxenburgoko Auzitegiak ohartarazten du aurreko epaietan gai honi buruzko po-

⁶⁸ Hamar urteko preskripzio-epearen inguruko duda planteatzen da, Kataluniako Kode Zibila hori ezartzen duelako, Kode Zibilaren preskripzio-epearen bikoitza izanik.

sizioa adierazi duela, eta argudiatzen duenez, artikuluko horiek ez daude araudi nazional baten aurka, zeinak, profesional baten eta kontsumitzaile baten artean egindako kontratu batean jasotako abusuzko klausula baten deuseztasun-akzioa preskribaezina dela aitortzen duen, eta, aldi berean, preskripzio-epe baten mende jartzen du deklarazio horren itzultze-ondorioak baliatzera bideratutako akzioa, betiere baliokidetasun- eta eraginkortasun-printzipioak errespetatzen badira⁶⁹. Horregatik, itzulketa-akzioaren preskripziorako epe bat ezartzea ez da eraginkortasun-printzipioaren aurkakoa, baldin eta hori aplikatzeak ez badu eragotzen edo zailtzen kontsumitzaileak 93/13/EB Zuzentarauaren arabera dituen eskubideak baliatzea⁷⁰. Eta bereziki, hor dago arazo prejudizialaren gakoa: preskripzio-epeak zailtzen al dio kontsumitzaileari bere eskubideak egikaritzea?

Aurreko baieztapenaren harira, Auzitegiak zehaztu du eraginkortasun-printzipioak bere helburua bete dezan, ez dela nahikoa kontsumitzaileak klausularen abusuaren berri izatea, baizik eta 93/13/EB Zuzentarauak ematen dizkion eskubideak ezagutzea eta eskubide horiek gauzatzeko denbora nahikoa izatea⁷¹. Horregatik, auzi nagusiak kontuan hartuta (C-810/21 auzitik C-813/21 auzira), Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak adierazten du hipoteka-gastuak itzultzeko akzioaren preskripzio-epea ez datorrela bat eraginkortasun-printzipioarekin, ez baitu kontuan hartzen 93/13/EB Zuzentarauak ematen duen eskubidearen ezagutza, ez eta eskubide hori gauzatzeko behar den denbora ere.

Lehenengo arazo prejudizialaren bigarren atalari erantzuna emateko asmoz, Auzitegiak gogoan dauka 93/13/EB Zuzentarauak oinarritzat hartzen duela kontsumitzailea maila apalagoan dagoela profesionala

⁶⁹ 43. apartatua.

⁷⁰ 44. apartatua.

⁷¹ 49. apartatua.

baino, eta egoera horrek berekin dakarrela profesionalak alde aurretik idatzitako baldintzetara atxikitzea, haietan eraginik izan gabe. Horregatik, ezin da pentsatu kontsumitzailearen informazioak jurisprudentzia nazionala ezagutzen duenik, jurisprudentzia hori finkatuta egon arren⁷². Beraz, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak lehen arazo prejudizialaren bigarren zatari erantzuten dio, eta adierazten du 93/13/EB Zuzentzaraua jurisprudentzia nazional bateratua frogatzea bat izatearen aurkakoa dela, kontsumitzaileak gehiegizko klausula batek ezarritako gastuak erreklamatzeko eskubidea baliatzeko behar duen ezagutzari buruzko baldintza betetzeko, eta horrekin preskripzio-epea hasteko⁷³.

Azaldutakoaren arabera, Auzitegiak bi ondorio jaso ditu: (i) alde bateatik, hipoteka-gastuak itzultzeko akzioaren preskripzio-epea ez datorrela bat eraginkortasun-printzipioarekin, ez baitu kontuan hartzen 93/13/EB Zuzentzarauak ematen duen eskubidearen ezagutza, ez eta eskubide horiek gauzatzeko behar den denbora ere. Auzitegiak argi eta garbi erantzun du abusuzko klausulatik eratorritako gastu horien azken ordainketa ez dela preskripzio-epearen hasieratzat hartu behar. (ii) Bestalde, lehen azaldu bezala, Auzitegiak adierazten du 93/13/EB Zuzentzarauak ez duela bat egiten jurisprudentzia nazional bateratua egoteak kontsumitzaileak horren gaineko ezagutza duela esaten duen baieztapenarekin⁷⁴.

Beraz, esan daiteke azken epai honek kontsumitzaileen aldeko irizpena ematen duela bankuen aurrean, gutxienez eztabaidagai izan diren akzioen preskripzioari dagokionez, eta aukera ematen du denbora-mugarik gabeko demandak jartzeko. Ondorioztatu daiteke finantza-erakundeek alegatutako preskripzio-irizpidearen aurka egin duela epaiak; izan ere, erakunde horien ustez, preskripzioa 2019an hasten zen, hipoteka-klau-

⁷² 57-59. apartatuak.

⁷³ 61. apartatua.

⁷⁴ 62. apartatua.

sulen abusuzko izaerari buruzko jurisprudentzia finkatu zenean. Beraz, Gradu Amaierako lan osoan zehar nabarmendu moduan, epai honi esker asko izango dira finantza-erakundeei zuzendutako erreklamazio berriak egiten jarraituko duten kontsumitzaileak.

VII. ONDORIOAK

LEHENENGOA.— Lan osoan zehar ikusi da zein esanguratsua den hipoteka-maileguetan kontsumitzaileek formalki duten babes, hala orokorrean edozein potentzial bezerori begirakoa, nola kontratua sinatuko duten bezero konkretuek jasotzen dutena. Gogoratu beharra dago, mailegu-emaileak informazio-betebehar zehatza betetzen duela mailegu-hartzaileari begira, hala nola, EINF eta OEF bezalako dokumentuen bidez. Eta hori gutxi balitz, mailegu-hartzaileak ezagutza nahikoa duela ziurtatzeko asmoz, notarioaren aholkularitza bermatzen da baita ere.

BIGARRENA.— Hala ere, azkenengo urteetan barrena, argi ikusi da babes hori materialki urratu dela. Aurreko ataletan erakutsi den moduan, lurzoru-klausulek “lurzoru” bat ezarri zioten kontsumitzaileek ordaindu beharrekoari, ehuneko jakin bat baino txikiagoa izan ez zedin ordaindu beharrekoa, eta ondorioz, gainkostu bat jasan behar izan zuten. Horretaz aparte, urte luzez kontsumitzaileek hipoteka-maileguari zegozkion gastu guztiak ordaindu dituzte, ondoren, horiek ordaintzea haiei ez zegokiela frogatu denean.

HIRUGARRENA.— Are gehiago, babes malgutzeez aparte, botere judiziala ez da heldu batasun batera bere irizpenetan. Izan ere, Probintzia Auzitegien hainbat epairen arabera, kontsumitzaileak erabateko babesgabetasuna du banku-erakundeen aurrean Europar Batasuneko Zuzenbidea babesten duen gutxiagotasun-posizioari dagokionez. Horrenbestez, bizi zinen lekuaren arabera, irizpidea desberdina zen.

LAUGARRENA.— Aitzitik, 2024ko urtarrilaren 25eko azken epaiak ezarritako jurisprudentzia-jarreraren helburua da Europar Batasuneko Zuzenbidea betetzen dela bermatzea, eta, zehazki, 93/13 Zuzentarauak kontsumitzaileei ematen dizkien eskubideak errespetatuz. Izan ere, epaia ezin da koherenteagoa, argiagoa eta eskubideen bermatzaileagoa izan, adierazten baitu ezin dela ezarri «dies a quo» bezala fakturen azken ordainketa, ezta kontsumitzailearen ezagutza gisa ezarri ere jurisprudentzia nazional bateratua egotea.

Zernahi gisaz, epaia argia izan arren, erabaki honek hainbat zalantza planteatzen dizkit: Lehen Auzialdiko Epaitegiek aplikatuko al dituzte Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2024ko urtarrilaren 25eko epaiaren bidez ezarritako irizpideak, Auzitegi Gorenaren erabakiaren zain egon gabe? Hipoteka-gastuen prozedurez arduratzen diren Lehen Auzialdiko Epaitegiek aplikatuko al dute beren Probintzia Auzitegiek orain arte jarraitutako irizpidea, auzitegiek beste aldaketa-erabakirik eman arte? Auzitegi Gorenak zuzenduko al du Europar Batasuneko Zuzenbidearen aplikazio okerrari dagokionez, kontsumitzailearentzat ezagutza nahikoa zuela uste zuen jurisprudentzia nazional finkatuari dagokionez?

Duda-izpirik gabe, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2024ko urtarrilaren 25eko erabakiaren aurretik, hipoteka-gastuen itzulketa-akzioa epeengatik alde batera geratuko zela zirudien, printzipioz, aurten akzioa preskribatuko zelako. Alabaina, epai honen ostean, akzio hau datozen urteetarako kontsumitzailea babesteko eskubideen baitako eztabaiden muina izaten jarraituko du.

VIII. BIBLIOGRAFIA ETA BESTE ITURRI BATZUK

8.1) Bibliografia

CADENAS OSUNA, Davinia. «El papel desempeñado por el notario en el control de transparencia material de las condiciones generales incorporadas a contratos de préstamo con garantía hipotecaria». *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2021, 55. zk., 113-133. or.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Transparencia material y función notarial en la Ley 5/2019¿ Control, carga o trampa?» *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, Madrid, 2019, 84. zk., 18-25. or.

CARRASCO PERERA, Ángel. «Funciones notariales en la comprobación de la transparencia y en la titulación del contrato». Ondoko lanean: *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. 315-364. or.

GENTO MARHUENDA, Pedro. «El final de las cláusulas suelo en España: una visión retrospectiva». *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Gaztela Mantxa, 2014, 10. zk., 14-37. or.

GOÑI RODRIGUEZ, María. «Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo». Ondoko lanean: *La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2017. 523-570. or.

MADRIÑAN VÁZQUEZ, Marta. «Información precontractual y transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario». *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2020, 74. liburukia, 2231. zk., 3-42. or.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «El control de transparencia material». Ondoko lanean: *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. 257-313. or.

MARTOS CALABRUS, María Angustias. «Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario». *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Txile, 2022, 13. liburukia, 1. zk., 29-61. or.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO. «Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario». Ondoko lanean: *Los contratos de crédito inmobiliario*. Nafarroa: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. 403-437. or.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ. «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario». *Revista de Derecho Civil*, 2019, 6. liburukia, 2. zk., 235-265. or.

8.2) Legeria

Europar Batasuneko

Europako Kontseiluaren 93/13/EB Zuzentarauaren, 1993ko apirilaren 5ekoa, kontsumitzaileekin egindako kontratuetako abusuzko klausulei buruzkoa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 95. zk, 1993ko apirilaren 21ekoa, 29. or.

Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2008/48/EB Zuzentaraua, 2008ko apirilaren 23koa, kontsumorako kreditu-kontratuei buruzkoa, zeinaren bitartez Kontseiluaren 87/102/CEE Zuzentaraua indargabetzen den. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 133. zk, 2008ko maiatzaren 22koa, 66. or.

Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2014/17/EB Zuzentaraua, 2014ko otsailaren 4koa, kontsumitzaileekin bizitegi-erabilerako ondasun higiezinetakorako egindako kreditu-kontratuei buruzkoa, zeinaren bitartez aldatzen diren 2008/48/EB eta 2013/36/EB Zuzentarauak eta Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 1093/2010 Erregelamendua. Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialaren 60. zk, 2014ko otsailaren 28koa, 34. or.

Barne legeria

Urtarrilaren 7ko 1/2000 Legea, Prozedura Zibilar buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 7. zk., 2000eko urtarrilaren 8koa, 323. or.

Ekainaren 24ko 16/2011 Legea, kontsumorako kreditu-kontratuei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 151. zk., 2011ko ekainaren 25ekoa, 10970. or.

Maiatzaren 14ko 1/2013 Legea, hipoteka-zordunen babesa, zorraren berregituratzea eta alokairu soziala indartzeko neurriei buruzkoa. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 116. zk., 2013ko maiatzaren 15ekoa, 5073. or.

Martxoaren 15eko 5/2019 Legea, Higiezinaren Kreditua arautzen duena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 65. zk. 2019ko martxoaren 16koa, 3814. or.

Azaroaren 16ko 1/2007 Legegintzako errege-dekretua, Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorren eta beste lege osagarri batzuen testu bategina onartzen duena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 287. zk., 2007ko azaroaren 30ekoa, 20555. or.

1946ko otsailaren 8ko Dekretua, Hipoteka Legearen idazketa ofizial berria onesten duena. Estatuko Aldizkari Ofizialaren 58. zk., 1946ko otsailaren 27koa, 2453. or.

8.3) Jurisprudentzia

Europar Batasunekoa

Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-154/15 eta C-307/15 gaien epaia (Sala Nagusia), 2016ko abenduaren 21ekoa, Cajasur Banco S.A.U., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., eta Emilio Irlés Lopez eta Teresa Torres Andreu-ren kontra, ECLI: EU: C: 2016: 980.

Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-70/17 eta C-179/17 gaien epaia (Sala Nagusia), 2019ko martxoaren 26koa, Abanca Corporación Bancaria, S.A. Alberto García Salamanca Santosen kontra eta Bankia, S.A. Alfonso Antonio Lau Mendoza eta Verónica Yuliana Rodríguez Ramírezen kontra, ECLI: EU: C: 2019: 250.

Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-224/19 eta C-259/19 gaien epaia (Laugarren Sala), 2020ko uztailaren 16koa, CY Caixa-bank S.A. ren kontra eta LG eta PK Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. ren kontra, ECLI: EU: C: 2020:578.

Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-565/2021 gaiaren epaia (Laugarren Sala), 2023ko martxoaren 16koa, Caixabank S.A. Xren kontra, ECLI: EU: C: 2023:212.

Europako Erkidegoetako Justizia Auzitegiaren pilatutako C-810/21 eta C-813/21 bitarteko gaien epaia (Bederatzigarren Sala), 2024ko urtarrilaren

25ekoa, Caixabank S.A. WE eta XAren kontra, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. TB eta UKren kontra, Banco Santander S.A. OGren kontra, OK eta PI Banco Sabadell S.A. ren kontra, ECLI: EU: C: 2024:81.

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2024ko apirilaren 25eko epaia.

Barnekoa

2013ko maiatzaren 9ko AGE, 241/2013. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2013/3088. zk.

2014ko irailaren 8ko AGE, 464/2014. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2014/4660. zk.

2015eko abenduaren 23ko AGE, 705/2015. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2015/5714. zk.

2017ko ekainaren 8ko AGE, 367/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/2509.

2018ko martxoaren 23ko AGE, 170/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/892. zk.

2018ko maiatzaren 22ko AGE, 291/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/2387. zk.

2018ko irailaren 12ko AGE, 487/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/3993. zk.

2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 44/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/114. zk.

2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 46/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/90. zk.

2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 47/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/91. zk.

2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 48/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/93. zk.

2019ko urtarrilaren 23ko AGE, 49/2019. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2019/92. zk.

2020ko uztailaren 24ko AGE, 457/2020. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2020/2358. zk.

2023ko maiatzaren 29ko AGE, 816/2023. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2023/3307. zk.

2024ko ekainaren 14ko AGEren epaia.

Ourenseko Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2015ko maiatzaren 18koa, 172/2015. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2015/143410.

Zaragozako Audientzia Probintzialaren Epaia, 5. sekzioa, 2017ko urtarrilaren 5ekoa, 27/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: AC 2017/1.

Castelloneko Audientzia Probintzialaren Epaia, 3. sekzioa, 2017ko otsailaren 15ekoa, 45/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/109897.

Zamorako Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2017ko martxoaren 30ekoa, 101/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/123738.

Asturiaseko Audientzia Probintzialaren Epaia, 6. sekzioa, 2017ko ekainaren 2koa, 193/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/171741.

Coruñaiko Audientzia Probintzialaren Epaia, 4. sekzioa, 2017ko ekainaren 7koa, 211/2017. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2017/190352.

Soriako Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2018ko urtarrilaren 15ekoa, 5/2018. zk., Aranzadiko erreferentzia: 2018/52468.

Leoneko Audientzia Probintzialaren Epaia, 1. sekzioa, 2018ko ekainaren 15ekoa, 250/2018. zk. Aranzadiko erreferentzia: 2018/192478.

Interpretación conforme a la nueva realidad social:

La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc^{*}

Irene MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 13/12/2025

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 12/03/2026

Resumen: Este trabajo analiza dos instituciones fundamentales del derecho sucesorio, cuyo análisis es necesario para resolver el supuesto de hecho. Por un lado, el poder testatorio, institución tradicional del derecho civil vasco¹. Por otro lado, la desheredación y sus causas, previstas en el régimen común. La interpretación de ambas instituciones ha sufrido un importante desarrollo jurisprudencial debido a la necesidad de adaptar el derecho a la realidad social actual, de acuerdo al artículo 3.1 del Código Civil.

Palabras clave: poder testatorio; causas de desheredación; vida marital de hecho.

* Trabajo premiado en la IX Edición del “Premio Adrián Celaya para jóvenes juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia el año 2024.

**Gizarte-errealitate berrira egokitutako interpretazioa:
Testamentu-boterearen amaiera bikote-harreman
errealaren aldi bereko bizitzaren ondorioz eta 853.2. artikuluko
desheredazio-arrazoiak modu praktikoan aplikatzea**

Laburpena: Lan honek oinordetza-zuzenbidearen oinarrizko bi erakunde aztertzen ditu, eta horien azterketa beharrezkoa da egitatezko kasua konpontzeko. Alde batetik, testamentu-boterea, euskal zuzenbide zibilaren erakunde tradizionala. Bestalde, jaraungabetzea eta horren kausak, araubide erkidean aurreikusitakoak. Bi erakundeen interpretazioak garapen jurisprudenzial handia izan du, zuzenbidea egungo errealitate sozialera egokitu behar delako, Kode Zibilaren 3.1 artikulua arabera.

Gako-hitzak: testamentu-boterea; jaraungabetzearen kausak; izatezko ezkontza-bizitza.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

**Interpretation in accordance with the new social reality:
The extinction of testamentary power due to the existence
of a de facto marital relationship and the practical application
of the grounds for disinheritance in article 853.2 cc**

Abstract: This paper analyzes two fundamental institutions of inheritance law, the analysis of which is necessary to resolve the factual scenario presented. On the one hand, it examines testamentary power, a traditional institution of Basque civil law. On the other hand, it considers disinheritance and its grounds, as provided for in the general legal system. The interpretation of both institutions has undergone significant jurisprudential development due to the need to adapt the law to current social realities, in accordance with Article 3.1 of the Civil Code.

Key words: testamentary power; grounds for disinheritance; de facto marital relationship.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

ÍNDICE: I.- PRESENTACIÓN Y OBJETO. II.- ANTECEDENTES DE HECHO. III.- CUESTIONES A RESOLVER. IV.- FONDO DE LA CUESTIÓN: 4.1) Extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho: a) *Consideraciones generales sobre el poder testatorio*; b) *El concepto de vida marital de hecho y su desarrollo jurisprudencial*. 4.2) La Desheredación testamentaria realizada por Doña Carmen: a) *La desheredación en el Derecho Civil Vasco*; b) *De la primera causa invocada: injuriado gravemente de palabra*; c) *De la segunda causa invocada: maltrato de obra*. 4.3) Efectos de la estimación de la pretensión en el seno de un procedimiento judicial: a) *Efectos de la extinción del poder testatorio*; b) *Efectos de causa de desheredación injusta*; c) *Efectos de que ambas pretensiones se estimen*. V.- CONCLUSIONES DEL DICTAMEN. VI.- RECOMENDACIONES. VII.- BIBLIOGRAFÍA.

I. PRESENTACIÓN Y OBJETO

Este trabajo analiza dos instituciones fundamentales del derecho sucesorio, cuyo análisis es necesario para resolver el supuesto de hecho. Por un lado, el poder testatorio, institución tradicional del derecho civil vasco¹. Por otro lado, la desheredación y sus causas, previstas en el régimen común. La interpretación de ambas instituciones ha sufrido un importante desarrollo jurisprudencial debido a la necesidad de adaptar el derecho a la realidad social actual, de acuerdo al artículo 3.1 del Código Civil.

En cuanto a la metodología utilizada para dar respuesta a las cuestiones que se nos plantean, hemos utilizado fuentes primarias consistentes en normativa autonómica relativa al Derecho Civil Vasco y normativa de régimen común, que encontramos recogida, principalmente, en el Código Civil. También ha sido fundamental el profundo estudio de la jurisprudencia que hemos realizado, teniendo en cuenta tanto los pronunciamientos de las más altas instancias, como jurisprudencia menor de las diferentes Audiencias Provinciales. Así mismo, hemos consultado abundante bibliografía sobre las cuestiones planteadas, siguiendo a los autores más rigurosos que han abordado el derecho sucesorio y el derecho civil vasco. De ello da buena cuenta el listado de referencias bibliográficas que figura al final de este informe.

¹ CELAYA IBARRA, A. "El testamento por comisario". *Anuario de derecho Civil vasco*, vol. 25, nº 3, 1972, pp. 735-739.

Por último, en cuanto a la estructura del trabajo, comenzamos describiendo los antecedentes de hecho relevantes para delimitar las cuestiones jurídicas a las cuales daremos respuesta a lo largo del dictamen. El fondo de la cuestión lo hemos dividido en tres apartados donde hemos analizado las instituciones objeto de la controversia y los efectos de las pretensiones en la sucesión. En último lugar, se procederá a realizar unas conclusiones y unas posteriores recomendaciones con la solución que esta letrada considera más correcta para la resolución del conflicto.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Doña Carmen Rodríguez Calvo, vecina de Bilbao, falleció el 19 de febrero de 2020, en estado de casada en sus únicas nupcias contraídas con Fernando Martínez Castillo, de cuyo matrimonio tuvo un único descendiente, su hijo Miguel Martínez Rodríguez (en adelante Don Miguel) y sobreviviéndole dos de sus tres hermanos de doble vínculo, Don José Rodríguez Calvo y Don Gonzalo Rodríguez Calvo.

SEGUNDO.— La relación de Doña Carmen con su hijo era una relación que se caracterizaba por ser compleja y prácticamente inexistente. Miguel era un joven muy problemático y las discusiones entre él y sus progenitores eran muy habituales. El 8 de marzo del año 2013 tras una gran discusión, Miguel que en ese momento tenía 19 años, decide marcharse de casa.

Al cabo de unos días, Doña Carmen interpuso una denuncia contra su hijo por unas supuestas lesiones que habían tenido lugar el día que Miguel se marchó de casa. Se entendió que los hechos que relataba Doña Carmen podían ser constitutivos de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 de Código Penal.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

Durante el juicio Miguel negó haber agredido a su madre y le acusó de estar loca. Así mismo insinuó que su madre podía tener problemas de alcoholismo y dijo no querer saber nada de ella ni de su padre. De hecho, explicó que eran estos los que le habían pegado a él en aquella ocasión. Los progenitores no presentaron ninguna prueba de las lesiones. El juez decidió absolver a Miguel eximiendo al acusado de cualquier pena. Desde entonces la relación entre los progenitores y Don Miguel es inexistente. Finalmente cabe destacar que no acudió al entierro de su madre.

TERCERO.— Doña Carmen falleció habiendo otorgado testamento en fecha 15 de marzo de 2019, ante el notario de Bilbao Don Javier Torres Cantón, con el n° 199 de protocolo, en el que, tras manifestar su filiación, estado civil y entre otras disposiciones, estipuló lo siguiente:

“[...] PRIMERA.— Deshereda de su único hijo Miguel Martínez Rodríguez por las injurias vertidas contra la testadora, en el procedimiento judicial por lesiones leves, n° 566/2011. Así mismo en dicha cláusula desea dejar constancia de que no mantiene relación de ningún tipo con la testadora desde hace más de 4 años, habiéndose despreocupado totalmente durante ese tiempo de saber si la testadora necesitaba cualquier tipo de cuidado personal y/o ayuda, tanto económica como sanitaria, alimenticia o de cualquier otro tipo.

SEGUNDA.— En uso del derecho que le reconoce la vigente legislación foral, por la cual se rige, confiere a su esposo, el citado cónyuge poder testatorio para que a su fallecimiento, disponga de todos sus bienes en una o varias veces, en favor de los hermanos de la testaría, tanto por título mortis causa o inter vivos haciendo al efecto, conforme al DCV, las donaciones, legados, mejoras, mandas, instituciones de herederos, exclusiones y apartamientos que a bien estuviere, dentro del término legal o fuera de él, pues prorroga por 20 años más, conforme a lo consentido por dicha legislación.

TERCERO.— Para el caso, de que el poder se extinga por cualquiera de las causas previstas en la ley, instituye herederos universales por mitades e iguales partes de todos sus bienes derechos, créditos y acciones a sus tres hermanos, sin perjuicio de lo que por legítima le corresponda a su cónyuge.

CUARTO.— Transcurrido alrededor de un año desde el fallecimiento sin que Fernando hubiera hecho uso del poder testatorio comienza una relación sentimental con Alejandra Corral Fernández. Doña Alejandra ostenta su residencia principal en la calle Tíboli 7, 5º izq. Este extremo es relevante ya que Don Fernando Martínez Catillo reside, en el mismo edificio en el piso 6º izq. Existe conocimiento de dicha relación por testimonios aportados por varios vecinos. Así mismo, en redes sociales han mostrado imágenes juntos y declaraciones de amor conjuntas.

QUINTO.— Así mismo existen indicios de que pudieran llevar a cabo una convivencia y serie de actividades comunes que, en matrimonio, de hecho, o de derecho, realizan los esposos desde finales del año 2020. Sin embargo, dada la situación en la que se encuentran las viviendas, puede ser difícil de probar dicha cuestión. Se trataba de una relación consolidada. Ambos conocían el entorno familiar y social de la otra persona.

SEXTO.— Cuando Don Gonzalo Rodríguez Calvo, hermano de la causante, tiene conocimiento de dicha relación sentimental, no duda en recriminarle a Don Fernando. Según su punto de vista, entendía que había transcurrido muy poco tiempo desde el fallecimiento de su hermana y le manifestó su no aprobación. Prueba de ello son los mensajes de WhatsApp intercambiados entre ambos.

SÉPTIMO.— En la escritura pública otorgada el 4 de febrero de 2023, ante el Notario de Bilbao, Don José Antonio Isuasi Jiménez, bajo el nº 1489 de su orden protocolo decide ejercer el poder testatorio que le había sido conferido y otorgó testamento en nombre de su esposa y el suyo propio.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

A través del poder decide apartar de la totalidad de la herencia a Don Gonzalo, en favor del otro hermano, Don José Rodríguez Calvo.

OCTAVO.— El 29 de septiembre de 2023 acuden a nuestro despacho Don Miguel y Don Gonzalo con el objeto de conocer si pueden reclamar algún derecho sucesorio de la herencia de Doña Carmen.

Por un lado, Don Miguel, niega la causa de desheredación descrita por la causante en el testamento y culpa de la mala relación de ambos a su madre. Por otro lado, Don Gonzalo alega haberse visto perjudicado por la repartición hecha por el comisario, por el hecho de no aceptar la relación entre éste y Doña Alejandra. Solicitan que nuestro despacho elabore un informe jurídico para conocer si la pretensión de alguno de ellos tiene visos de prosperar.

III. CUESTIONES A RESOLVER

El objeto de este informe jurídico es dar respuesta a las siguientes cuestiones jurídicas:

- 1.- ¿La relación entre Fernando y Doña Alejandra es causa de extinción de poder testatorio tal y como establece el artículo 45.4 LDCV?
- 2.- ¿Es justa la causa de desheredación la indicada por la causante en el testamento?
- 3.- ¿Efectos de la impugnación de la cláusula de desheredación y de la extinción del poder testatorio?

IV. FONDO DE LA CUESTIÓN

4.1) Extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho

a) *Consideraciones generales sobre el poder testatorio*

El poder testatorio es una de las instituciones más representativas del Derecho Civil Vasco, mediante el cual una persona faculta a otra para que ésta otorgue testamento después de su muerte². Esta institución, típica del Derecho Civil Vasco, difiere de los principios elementales del Derecho Común de sucesiones, al ser contraria a la característica de acto personalísimo del testamento, recogida en el artículo 670 del Código Civil (en adelante CC)³.

El testamento por comisario se compone de dos actos⁴. El primero se lleva a cabo por el causante cuando autoriza a otra persona para disponer de sus bienes tras su fallecimiento, tal y como dispone el artículo 30 Ley de Derecho civil Vasco (en adelante LDCV)⁵. Este negocio jurídico debe otorgarse ante notario. En ese sentido, en el caso que analizamos el poder está válidamente otorgado, ya que se realiza a través de disposición testamentaria.

² CELAYA IBARRA, A. “Sección 3ª. Del poder testatorio y del testamento por comisario”. En: M. Albadelejo y S. Díaz Alabart (Dir.): *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI. Madrid: Edersa, 1997, pp. 162.

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1889, n° 206, art. 670.

⁴ FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, J.J. *La sucesión por comisario en la Ley de Derecho Civil Vasco y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*. Madrid: Dykinson S.L, 2022, pp. 87-89.

⁵ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco*, 3 de junio de 2015, n° 124, art. 30.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

El segundo momento es el acto a través de los cual el comisario designado dispone de los bienes en favor de los sucesores del causante, haciendo uso del poder testatorio. Tras este acto, los sucesores pasan a ser sucesores efectivos (art. 18 y 43 LDCV) ⁶.

En este caso, Doña Carmen confiere mediante testamento poder testatorio en favor de su cónyuge, Don Fernando. Una de las primeras cuestiones que nos planteamos es conocer si la disposición testamentaria es válida. *Determinar si el testamento por comisario carece de validez es un acto a considerar en el momento en el que el mismo se confiere, siendo una cuestión diversa el modo en el que el comisario ejercita el poder testatorio*⁷.

En este sentido, no apreciamos ninguna irregularidad en cuanto a la validez de dicha disposición testamentaria, ya que entendemos que cumple con los requisitos exigidos por la ley, por lo que no cabe la nulidad de la disposición en sí misma. Por un lado, el poder testatorio se ha otorgado en documento público, tal y como exige el artículo 31 LDCV. Además, se otorga en favor del cónyuge supérstite, reforzando su situación jurídica, enlazando así con la costumbre foral y, al mismo momento, se protege el patrimonio familiar⁸. Por otro lado, en cuanto al plazo para ejercer el uso del poder, en este caso es plenamente válido de acuerdo al artículo 41.1 LDCV que dispone que *el plazo podrá serle conferido por tiempo indefinido o por los años que viviere*.

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial Bizkaia (Sección 5ª) de 2 de mayo de 2018, nº 1025/2018, ECLI:ES:APBI:2018:1025.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial Bizkaia (Sección 5ª) de 2 de mayo de 2018, nº 1025/2018, ECLI:ES:APBI:2018:1025.

⁸ RECALDE VITORIA, A. “Análisis de la sucesión por comisario. Perspectiva de la figura desde la aprobación de la ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y aproximación a la práctica notarial”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2021, nº 29, pp. 491-537.

Además, al no disponer nada al respecto, es Don Fernando quien tiene la obligación de administrar los bienes relictos, así como de representar el patrimonio hereditario. Se otorga así al viudo comisario una posición preeminente respecto a los herederos en la administración del caudal familiar (art. 37 LDCV)⁹.

b) *El concepto de vida marital de hecho y su desarrollo jurisprudencial*

Una vez analizada la institución del poder testatorio, es importante conocer si esta se encontraba extinta en el momento en el que se ejerció el uso del poder por Don Fernando a fecha 4 de febrero de 2023.

El artículo 45 LDCV recoge las causas de extinción del poder testatorio. Entre ellas encontramos la extinción *cuando el cónyuge-comisario contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo el caso de que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario*.

En este caso, Don Fernando no ha tenido descendencia extramatrimonial y tampoco ha contraído matrimonio. Sin embargo, debemos analizar con detalle la posibilidad de que el poder se encuentre extinto como consecuencia de la relación sentimental que Don Fernando mantiene con Doña Alejandra. ¿Podría esta situación enmarcarse en el presupuesto de “vida marital de hecho”?

Las relaciones de pareja admiten una infinita gama de grados de intensidad lo que complica realizar una catalogación y definirla en términos jurídicos¹⁰. Pese a dicha heterogeneidad que existe en el marco de las relaciones interpersonales, la incidencia que estas tienen en diversos

⁹ URRUTIA BADIOLA, A.M. “Artículo 37 Representación y Administración de la herencia”. En: A.M. URRUTIA BADIOLA, (Coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 396.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3ª), de 4 de mayo de 2023, de nº 135/2023, ECLI:ES:APBI:2023:406.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

ámbitos donde se encuentran legalmente consagrados es patente. De este modo, encontramos conceptos jurídicos indeterminados como las llamadas “relaciones análogas a la conyugal” o la vida o convivencia “marital” que han sido desarrolladas jurisprudencialmente. En ese sentido, destacamos el art. 101 C.C que recoge la extinción de la pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: *El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona*¹¹.

Dicho precepto ha dado lugar a abundante jurisprudencia que ha ido evolucionando adaptándose a la realidad social desde que la Ley 30/1981 la contemplara. La causa de extinción del artículo 101 CC y, en concreto, la interpretación realizada por los tribunales, es aplicable a la causa de extinción prevista en la norma foral “vida marital de hecho”. Por ello, a fin de conocer si la relación entre Don Fernando y Doña Alejandra debemos analizarla jurisprudencia.

En este sentido, encontramos pronunciamientos que carecen de uniformidad a la hora de interpretar la noción de “vida marital”, como consecuencia de la naturaleza abstracta del concepto, que comporta una interpretación subjetiva por parte del juzgador. Así podemos afirmar que existe una evolución significativa del concepto de “vida marital” tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en el que podemos distinguir dos tendencias. El propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de febrero de 2012, recoge la existencia de la mencionada dualidad¹²:

¹¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. y GARCÍA AMADO, J.A. “La vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101. 1 del Código Civil)”, *Revista Digital Facultad de Derecho de la UNED*, nº 6, 2013, pp. 156 y ss. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4468826.pdf> (Última consulta: 30/10/2023).

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de febrero de 2012, nº 624/2012, ECLI:ES:TS:2012:624.

“En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código Civil utiliza la expresión “vivir maritalmente” como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales”.

i Interpretación restrictiva

Desde que el Código Civil recogió “la vida marital de hecho” como causa extintiva de la pensión compensatoria, las Audiencias Provinciales mayoritariamente interpretaron restrictivamente dicho concepto, exigiendo para su concurrencia la existencia de tres elementos¹³.

En primer lugar, los tribunales exigían la existencia indispensable de convivencia o cohabitación del beneficiario de la pensión con un tercero. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 20 mayo 2010 destacaba que *esta Audiencia Provincial ha declarado, en sentencia de 25 de febrero de 2005, que la convivencia en el mismo domicilio es un dato esencial para apreciar la relación similar al matrimonio*¹⁴.

En el mismo sentido se pronunciaba el TSJ de Cataluña que en varias sentencias recalcó la inadmisibilidad de equiparar las relaciones de pareja a las matrimoniales cuando no existiera convivencia¹⁴. En relación a este

¹³ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. y GARCÍA AMADO, J.A. “ ‘La vida marital’ ... ” *op cit.*, p. 55.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y lo Penal), de 18 octubre 2007, n.º 31/2007, ECLI:ES:TSJCAT:2007:15324: *Es por ello que no podemos admitir que relaciones no convivenciales puedan ser asimilables a las matrimoniales (a los efectos que nos hallamos analizando) en las que la convivencia se presume.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y lo Penal) de 26 noviembre 2009, n.º. 47/2009, ECLI:ES:TSJCAT:2009:12035: *Doncs bé, dit això, s’ha d’afegir, que ni el precepte transcrit, ni qualsevol altre, no defineix què s’ha d’entendre per convivència marital, però, com manifesta la sentència del TSJC de data 18 d’octubre de 2007 abans referida, “de la seva pròpia terminologia s’infereix*

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

requisito, de los hechos no se puede afirmar que Don Fernando y Doña Alejandra convivan bajo el mismo techo. De hecho, aunque así fuera sería muy difícil probar dicha convivencia dada la proximidad de las viviendas que se encuentran en el mismo edificio.

En segundo lugar, se establece la necesidad de que concurren los requisitos de la habitualidad y estabilidad de dicha convivencia y relación sentimental. Son muchas las sentencias en las que se refleja la exigencia de dichos requisitos¹⁵. En ese sentido, destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 19 enero 2009:

“Lo que sí queda claro al equipararse legalmente la situación de matrimonio con la de convivencia *more uxorio*, es que esta última ha de reunir los requisitos de permanencia y estabilidad en la cohabitación como base de un proyecto de vida en común y de una relación afectiva propios de la unión matrimonial”.

De igual forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 9519/2011, de 20 de septiembre de 2011¹⁶:

que cal: a) que existeixi convivència i b) que la convivència esmentada reuneixi certes característiques, és a dir, que s'assembla a la convivència matrimonial fins i tot sense el vincle jurídic del matrimoni.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª) de 19 de abril de 2011, nº 254/201, ECLI:ES:APS:2011:1092: *Por vivir maritalmente con otra persona, se hace preciso que la cohabitación sea de carácter permanente y estable, que en la práctica viene a generar una posesión de estado familiar equivalente a la convivencia “more uxorio”, dado que la expresión utilizada por el Código Civil no puede configurarse más que según el modelo matrimonial que actúa como paradigma, lo que exige las notas de “habitualidad”, y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión “convivencia” no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone a su vez “estabilidad”.* Esta Sentencia a su vez recoge distintos pronunciamientos en los que se exige el requisito de estabilidad: *SAP de Córdoba, Sección 2ª de 13 de septiembre de 2004; SAP de Zaragoza Sección 5ª de 19 de mayo de 2004; AP de Valencia Sección 10ª de 16 de noviembre de 2003; AP de Zaragoza, Sección 2ª de 17 de junio de 2002 y AP de León Sección 3ª de 20 de febrero de 2007.*

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de septiembre de 2011, nº 531/2011, ECLI:ES:APB:2011:9519.

“Las relaciones afectivas deben haber cristalizado en un proyecto de vida en común, con la ayuda mutua como hilo conductor, y tienen que tener el grado de estabilidad, intimidad, comunicación de afectos e intereses y publicidad que les haga comparables con la convivencia matrimonial. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 9519/2011, de 20 de septiembre de 2011”.

En la relación entre Don Fernando y Doña Alejandra si apreciamos una cierta estabilidad ya que la relación se ha prologado durante más de tres años. Así mismo la pareja realiza actividades de la vida cotidiana juntos y ha existido una presentación familiar formal.

Como último requisito, la jurisprudencia exige la similitud de relación sentimental con el vínculo matrimonial. Con ello lo que se pretende es evitar situaciones abusivas derivadas de fraude de ley en la que una pareja evita casarse con el objetivo de no perder la pensión compensatoria¹⁷.

En esos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 56/2010, que establece que la convivencia debe ser equiparable a la deducida de las obligaciones jurídicas que impone el matrimonio conforme al Código Civil: reconocimiento mutuo de igualdad; en derechos y obligaciones; respeto; ayuda mutua y actuar en interés de la familia; vivir juntos; guardarse fidelidad; socorrerse mutuamente. Además exige la obligación de compartir responsabilidades domésticas, e incluso, el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo¹⁸.

¹⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *La “vida marital” del preceptor de la pensión compensatoria*. Navarra: Aranzadi, SA, 2013, pp. 56-58.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 16 de febrero de 2010, nº 49/2010, ECLI:ES:APVI:2010:56: “*el Código Civil no habla de “relación sentimental”, habla de “vivir maritalmente con otra persona” de manera que la causa de la extinción del derecho a la pensión compensatoria es el matrimonio o la situación similar deducida de convivencia cuasi marital, lo cual no puede valorarse sino remitiéndonos a la naturaleza o contenido jurídico del matrimonio*”

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

Por lo tanto, como hemos analizado la jurisprudencia menor realizaba una interpretación muy restrictiva, ya que, en caso de no cumplir con los tres requisitos, eran reticentes a declarar la extinción de la pensión compensatoria. Todo ello beneficiaba al preceptor de la pensión compensatoria.

ii) Interpretación conforme a la nueva realidad sociológica

Sin embargo, frente a la tendencia expuesta, las exigencias recogidas por algunos tribunales se han ido flexibilizando, al amparo del 3.1 C.C conocido como canon sociológico en la interpretación de las leyes, ofreciendo un concepto más amplio de la expresión “vivir maritalmente” con otra. En ese sentido, la ya mencionada Sentencia del TS de 9 de febrero de 2012¹⁹, supone un punto de inflexión:

“[...] la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina “vida marital” son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha

a efectos de comparar si efectivamente la relación de hecho puede ser equiparada. El matrimonio es un concepto jurídico cuyo contenido viene delimitado por el conjunto de los derechos y deberes que establece la norma. Por ello vivir maritalmente debe valorarse desde la realidad de una convivencia que en la forma y materia sea similar a la que constituye el núcleo jurídico del matrimonio”.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de febrero de 2012, n° 624/2012, ECLI:ES:TS:2012:624.

prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio [...]”.

Dicha línea jurisprudencia se ha seguido mayoritariamente por los tribunales, quienes se expresan en términos similares a la STS de 9 de febrero de 2012²⁰.

A día de hoy el elemento fundamental en la relación para que esta sea determinada como causa extintiva es la estabilidad. En consecuencia, a pesar de que la pareja formada por el beneficiario de la pensión compensatoria y un tercero tenga propio domicilio o comparta vivienda de forma irregular, está puede catalogarse como “vida marital”, cuando la relación cumpla con *los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional, con vocación efectiva de continuidad, sin olvidar su publicidad, quedando excluidas las relaciones esporádicas, o de amistad, aunque lleven aparejadas contactos sexuales*²¹.

iii) El concepto de vida marital en el supuesto de hecho concreto

Si aplicamos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial a la relación de Don Fernando con Doña Alejandra, entendemos que está si podría definirse como “relación marital de hecho”.

Uno de los aspectos claves a tener en cuenta es el tiempo que llevan de “noviazgo”. Atendiendo a los hechos expuestos en el epígrafe III, en el momento en el que se ejerció uso del poder testatorio la pareja llevaba alrededor de 3 años juntos, lo que refleja la característica de permanencia.

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 3ª) de 16 de diciembre de 2016, n° 311/2016, ECLI:ES:APSS:2016:111.

²¹ VELA SÁNCHEZ, A. “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital ex artículo 101.1.º CC”, *Diario La Ley*, 2018, n° 9311.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

En ese sentido la jurisprudencia ha determinado esa permanencia con relaciones de año y medio o dos años²².

Además, en cuanto a la necesaria publicidad de la relación una prueba fundamental son las fotos y mensajes manifestando su amor en redes sociales. Así destacan las fotos en redes sociales de la actora como pareja en un contexto familiar. La jurisprudencia ha determinado que la presentación de la pareja a la familia y su consideración en público son prueba indiciaria de suficiente entidad que deben ser consideradas por el Juez²³.

Son igualmente reveladores los mensajes enviados entre Don Gonzalo, hermano de la causante y Don Fernando, ya que es el propio viudo el que confirma a Gonzalo la existencia de dicha relación. Todo ello permite definir la relación de pareja como establece y apreciar la voluntad continuidad de la relación por parte de ambos.

En cuanto a la convivencia, como hemos analizado está no tiene por qué ser continúa, ni permanente. Además, en el presente caso, entendemos que un aspecto clave es el hecho de que ambos viven en el mismo edificio lo que complica a efectos probatorios la prueba plena y directa de una convivencia, así como la prueba de visitas de Don Fernando en el domicilio de Doña Alejandra o viceversa. En ese sentido entendemos que podría ser clave el testimonio de algún vecino.

No obstante, hemos encontrado una Sentencia de la Audiencia Provincial²⁴ que establece que la existencia de un tabique entre ambas vi-

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), de 7 de febrero de 2023, n° 134/2023, ECLI:ES:APAL:2023:151.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª) 285/2016, de 30 de junio de 2016, n° 285/2016, ECLI:ES:APSG:2016:285.

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 10 de septiembre de 1999, n° 542/1997, ECLI:ES:APM:1998:9542.

viendas, no impide apreciar la concurrencia de vida marital de hecho en un caso en el que la preceptora de una pensión compensatoria y su pareja tenían domicilios separados, pero vivían en el mismo edificio e incluso en la misma planta:

“en el caso de una plena comunidad de intereses y afectos, integradores de una convivencia marital que no puede ya ignorarse, a la vista de todos los datos referidos, por la mera existencia de un tabique entre viviendas”.

Pese a no ser una resolución reciente, entendemos que es muy relevante ya que estimó la extinción de la pensión compensatoria en un momento en el que la jurisprudencia llevaba a cabo interpretaciones restrictivas.

Así mismo consideramos clave traer a colación la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya²⁵ que estima el recurso interpuesto y declara extinto el poder testatorio que le había sido concedido al cónyuge como consecuencia de llevar “vida marital”. En esta sentencia pesé a que no existía convivencia bajo el mismo techo y tampoco había conjunción de patrimonios, la Audiencia ha entendido, que, siguiendo los criterios jurisprudenciales, si concurren otros elementos esenciales como la estabilidad y la continuidad:

“esa estabilidad se mantiene, aunque la relación lo sea sólo durante unas horas al día, sin compartir el mismo techo, siempre que se de cierta continuidad o habitualidad, de manera que en muchas ocasiones esa convivencia y relación afectiva similar a la matrimonial existe por más que la pareja mantenga patrimonios y domicilios separados”.

Por todo lo expuesto, esta parte entiende que si concurre la causa de extinción prevista en el artículo 45.4 LDCV, dado que en la relación

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3ª), de 4 de mayo de 2023, de nº 135/2023, ECLI:ES:APBI:2023:406.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

sentimental entre Don Fernando y Doña Alejandra se aprecian los elementos de estabilidad y vocación de continuidad de la pareja. Así mismo, dada la ubicación en la que se encuentran ambas viviendas, a escasas 25 escaleras la una de la otra, entendemos que la prueba indiciaria, como son las fotografías, los mensajes y la duración de la relación son clave para apreciar la existencia de una vida marital de hecho entre ambos. Por lo tanto, al momento en que el cónyuge hizo uso del poder esté estaría extinto, con las consecuencias que analizaremos más adelante.

V. LA DESHEREDACIÓN TESTAMENTARIA REALIZADA POR DOÑA CARMEN

a) La desheredación en el Derecho Civil vasco

ORDÁS ALONSO define la desheredación como la privación de la legítima a los herederos forzosos (legitimarios) mediante una declaración expresada en el testamento, donde se hace constar la causa en la que se funde (art. 848 CC), causa que debe estar prevista por la ley (art. 849 CC) y ser cierta (art. 850 CC)²⁶. Del mismo modo RIVAS MARTÍNEZ define la desheredación como *el acto formal por el que el testador invocando una causa legal y cierta excluye de su derecho a un legitimario*²⁷.

Encontramos la regulación de la desheredación en el artículo 848 y ss. del Código Civil. La Ley 5/2015 recoge en varios de sus artículos la desheredación²⁸. Sin embargo, la normativa foral no entra a regular la

²⁶ ORDÁS ALONSO, M. *La desheredación y sus causas Derecho civil común y derechos civiles forales especiales*. Madrid: Wolters Kluwer España, S.A., 2021, p. 51.

²⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de Sucesiones Foral y Común*, vol. II, 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2009, p. 1871.

²⁸ En el artículo 50 LDCV relativo a la sustitución y representación de los legitimarios; Art. 108 LDCV relativo a la revocación del pacto sucesorio.

desheredación, simplemente la nombra, por lo que estaremos a lo establecido en el Código Civil en cuanto a las causas, formalidades y efectos²⁹.

En contraste con el Derecho Común, el derecho foral vasco recoge la institución del apartamiento que no debe equipararse con la desheredación. El apartamiento parte de una premisa: en el derecho foral la legítima es colectiva. En palabras de FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ *el legitimario vasco sólo tiene un derecho individual a la legítima si es el único sucesor forzoso, pues la legítima puede ser libremente atribuida entre el grupo de descendientes, a despecho de stirpes y grados de proximidad*³⁰.

Si lo aplicamos al caso que analizamos, el apartamiento supondría que, si junto a Don Miguel, hijo de la causante, concurre cualquier otro descendiente, como por ejemplo un nieto u otro hijo, Doña Carmen podría directamente haber apartado a Don Miguel, sin necesidad de proceder a su desheredación, y transmitir el tercio del caudal hereditario (art. 49 LDCV), relativo a la legítima de sus descendientes, a cualquier otro.

Este aspecto es relevante, ya que una de las diferencias fundamentales radica en que el apartamiento no requiere de justa causa, a diferencia de la desheredación en el que las causas son *numerus clausus* y cuya interpretación es restrictiva³¹. De hecho, el apartamiento puede ser tácito o expreso. No obstante, el apartamiento de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial (art.

²⁹ GALICIA AIZPURUA, G. “Preterición de legitimarios y derecho transitorio. Comentarios a la Sentencia del TSJ País Vasco de 17 de noviembre de 2022”, *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, n.º 36, p. 393.

³⁰ FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, J. J. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. España: Parlamento Vasco, 2016, pp. 423-451. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5403803> (Última Consulta: 15/11/2023).

³¹ ATXUTEGUI GUITIÉRREZ, J. *Apartamiento y desheredación en el Derecho Civil Vasco*. España: Universidad del País Vasco, 2022, pp. 68 y ss.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

51.2 LDCV). Por lo tanto, Doña Carmen opta por la desheredación, y no por el apartamiento, porque es la única vía para desheredar a su hijo, al ser el único descendiente. En esos mismos términos se expresa GALICIA AIZPURUA cuando establece *la desheredación sigue teniendo sentido y alcance prácticos: en particular cuando el causante desee excluir de la herencia a todos o al único descendiente, lo que solo podrá conseguir en caso de concurrencia de alguna de las causas tasadas ex artículos 852 a 855 CC*³².

De cualquier manera, la desheredación es una disposición testamentaria que debe cumplir con determinados presupuestos. En primer lugar, existe un presupuesto formal que implica que la desheredación debe constar en el testamento, siendo este el único documento idóneo para recoger la mencionada disposición. Se excluye así la posibilidad de desheredar mediante capitulaciones matrimoniales o cualquier otro negocio jurídico *inter vivos*³³.

Además, en cuanto al tipo de testamento, el Código Civil no realiza ninguna especificación, por lo que puede contenerse en cualquier tipo de testamento³⁴. En este caso, se cumple con este primer presupuesto, ya que consta tal desheredación en la estipulación primera del testamento. Además, debe quedar claramente designado al desheredado, hecho que no suscita ningún conflicto en este caso³⁵.

³² GALICIA AIZPURUA, G. “Limitaciones a la Libertad de Disposición por causa de muerte. Régimen de legitimario general. Especialidades den Bizkaia”. En: J. Gil Rodríguez y G. Galicia Aizpurua (Dir./coord.): *Manual de Derecho civil Vasco*. Barcelona: Atelier, 2016, p. 391.

³³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “Comentario de los arts. 848 a 857”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano: (dir.): *Comentarios al Código Civil*, 4 ed., Tomo V. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 6271.

³⁴ BUSTO LAGO, J. M. “Comentario de los arts. 848 a 857”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.): *Comentarios al Código Civil*, 4 ed., tomo V, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1178 y ss.

³⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de Sucesiones...*, *op cit.*, p. 1877.

El segundo presupuesto es la existencia de una causa legal de desheredación, tal y como dispone el art. 848 CC: *La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley*. En este sentido, resulta significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022:

“[...] ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem* [...]”³⁶.

Este criterio interpretativo es clave para destruir las causas de desheredación que se invocan en el testamento, ya que únicamente podrán invocarse aquellas causas expresamente previstas por la Ley. La razón de ser de esta interpretación es la defensa de la legítima, ya que la desheredación supone alterar el orden sucesorio, previsto por la Ley³⁷. En ese sentido el Alto Tribunal establece:

“la necesidad de expresar una justa causa de desheredación para privar al legitimario de la legítima, la interpretación conforme a la realidad social de las causas de desheredación no permite configurar por vía interpretativa otra causa distinta de las legalmente previstas, pues ello en la práctica equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios”³⁸.

Pese a todo, en los últimos años el Tribunal Supremo ha flexibilizado la interpretación de algunas causas como consecuencia de las nuevas cir-

³⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 28 de junio de 1993, nº 659/1993 ECLI:ES:TS:1993:17783.

³⁷ REPRESA POLO, M.P. *La desheredación en el Código Civil*. España: Reus, 2016, pp. 63-67.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 2022, nº 419/2022, ECLI:ES:TS: 2022: 2068.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

cunstancias familiares y sociales, en ausencia de un cambio legislativo que adapte la normativa a la nueva realidad social³⁹. Tal como señala el Tribunal Constitucional el derecho es un fenómeno social vinculado a la realidad social, y, por ello, los tribunales no pueden permanecer ajenos a ella, de lo contrario, el derecho corre el riesgo de convertirse en norma muerta⁴⁰.

Siguiendo con nuestra argumentación, las causas de desheredación dependen del legitimario. En nuestro caso, debemos atender a las justas causas para desheredar a los hijos y descendientes. Ellas se encuentran recogidas en el artículo 756 en los números 2, 3, 5 y 6 y las previstas en el artículo 853 CC.

En este caso, los motivos de la desheredación que Doña Carmen indica son, por un lado, las supuestas injurias y difamaciones vertidas contra la causante por parte de su hijo durante un procedimiento judicial (i), y, por otro lado, la falta de relación entre ambos, que era inexistente desde tiempo atrás, así como la nula preocupación por el estado de salud y las necesidades que pudiera requerir Doña Carmen durante su vejez (ii). En este caso, Doña Carmen no realiza una calificación jurídica de la desheredación, simplemente alega los hechos que la motivan⁴¹.

En cuanto a la primera causa, “injurias vertidas en el seno de un procedimiento judicial”, entendemos que puede encajar con la causa legal prevista en el artículo 853.2º CC: *Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*. La segunda causa que menciona es más genérica y

³⁹ IRIARTE ÁNGEL, B. “Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?”, *Actualidad civil*, 2018, nº 11, Wolters Kluwer, Diario *La Ley*. Versión electrónica LA LEY 13908/2018. 13 pp.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 6 de noviembre de 2012, nº 198/2012, ECLI:ES:TC:2012:198

⁴¹ ORDÁS ALONSO, M. *La desheredación...*, *op cit.* pp. 106 y ss.

difusa, pero entendemos que puede llegar a encajar en el maltrato de obra del mismo artículo, en caso de que se demuestre que la falta de relación ha provocado un sufrimiento en la causante.

Destacamos que, pese a que ambas causas están previstas en un mismo apartado, son causas independientes, por lo que para que la desheredación sea justa será suficiente con probar que concurre una de ellas⁴².

Finalmente, como último requisito es necesario que exista conformidad por parte del desheredado. De lo contrario, son los herederos beneficiados, en este caso el cónyuge viudo y el hermano, Don José, quienes deben probar que los hechos descritos como causa de desheredación concurren y, por lo tanto, que la causa es cierta⁴³.

b) De la primera causa invocada: injuriado gravemente de palabra

En el testamento se hace referencia a las injurias vertidas en el marco de un procedimiento judicial penal en el que Don Miguel fue absuelto. Como hemos mencionado, estamos ante una causa prevista en el artículo 853.2º CC. Para determinar si concurre justa causa de desheredación debemos estudiar si las concretas expresiones vertidas por el hijo pueden definirse como injuria grave de palabra.

⁴² Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de septiembre de 2010, nº 169/2010, ECLI:ES:APCO:2010:1102: *dado el carácter disyuntivo con el que ambas acciones vienen referidas en el citado precepto, es claro que basta la probanza de cualquiera de ellas para mantener los efectos de la disposición testamentaria controvertida.*

⁴³ MÉNDEZ MARTOS, J.R. “La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, nº 3, pp. 22-23. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7968592>. (Última Consulta: 13/11/2023).

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

El Código Civil no recoge el concepto de injuria grave. Si lo hace, por el contrario, el Código Penal ⁴⁴. Pese a ello, los tribunales rehúsan vincular la aplicación de la interpretación de preceptos penales en el seno de la jurisdicción civil⁴⁵. Por lo tanto, en ausencia de una concreción legal, es el juzgador quien debe apreciar su existencia en el caso concreto:

“en Sentencia de 15 de junio de 1990 estableció que las situaciones expresadas en el artículo 853.2 del Código Civil “ no han de corresponderse exactamente con las figuras delictivas del Código Penal, ni es necesario que, de existir denuncia, la misma haya dado lugar a una condena penal, debiendo resolver atendiendo a la conducta filial en general y a su intencionalidad, y siempre con un carácter restrictivo en la aplicación de las causas de desheredación, y considerando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 850 del Código Civil”⁴⁶.

Tal y como recoge la sentencia citada, uno de los elementos imprescindibles para la apreciación de la causa de desheredación es elemento subjetivo de intencionalidad o *animus injurandi*⁴⁷. Por lo tanto, es necesario probar que concurre intencionalidad en Don Miguel.

⁴⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995, n° 281, art. 281: *Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.*

⁴⁵ FUSTER, A. I. “Las injurias graves como causa de la desheredación”, *CEFLegal, Revista práctica de derecho*, 2003, n° 25, pp. 169.

⁴⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) de 19 de febrero de 2014, n° 64/2014, ECLI:ES:APCO:2014:136.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORRES GARCÍA, T. “La legítima en el Código Civil”. En M.A Gete-Alonso y J. Solé Resina (Dir./Coord.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, vol. II. España: Thomas Reuteurs, 2011.

“Para que haya injurias ha de existir animus injuriandi”; y si bien es cierto que existen determinadas palabras que por su propio contenido social o gramatical pueden considerarse injuriosas y que expresadas de forma pública es presumible que se profirieron con ese ánimo; se trata, no obstante, de una presunción iuris tantum, es decir que admite prueba en contrario. Es decir, puede probarse que esas expresiones, que de por sí pueden ser injuriosas, sin embargo, no se emitieron con la finalidad de agraviar, sino con cualquier otra finalidad (otros “animus”, singularmente el “informandi y el “criticandi”, y el mismo reivindicatorio o defensivo, pueden aparecer antepuestos y sobreestimables sobre el “injuriandi”, con virtud eliminatoria o de desplazamiento del mismo; STS de 28 de febrero de 1995)”.

En el presente caso, estamos ante unas supuestas injurias vertidas en juicio. Las manifestaciones vertidas en el seno de procedimientos judiciales, no han sido calificadas como injurias graves por los tribunales, negándoles el carácter de causa de desheredación. Tal negativa se fundamenta en los dos siguientes supuestos: que las manifestaciones injuriosas se hayan realizado por el abogado del desheredado y no por este último; o que las mismas se hayan realizado en su propia defensa o en ejercicio de derechos legítimos y, por tanto, carecen de la necesaria intencionalidad. En esos términos se expresa la Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba de 28 de septiembre de 2010⁴⁸ que recoge varios pronunciamiento del TS donde no se aprecia intencionalidad:

“Señala en este sentido la S.T.S. de 9 de octubre de 1975, que no tienen el significado de injurias graves al padre las manifestaciones hechas en juicio “con simple intención de apoyo a la tesis sostenida a nombre del desheredado, únicamente en defensa más o menos vehemente de los derechos de que este se creía asistido”. Esta doctrina que esencialmente es asumida

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de septiembre de 2010, n.º 169/2010, ECLI:ES:APCO:2010:1102.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

para las situaciones semejantes contempladas por las SSTs de 14 de marzo de 1994 y 28 de junio de 1993, es también proyectable al presente caso, en el cual, pese a la rotundidad de las expresiones referidas por el citado testigo, también es cierto que de la misma prueba testifical se desprende, tal y como en esencia y con pleno acierto se recoge en la sentencia apelada, un marco que refleja un ánimo distinto al estricto de injurias”.

En el presente caso, y a la luz de la jurisprudencia citada, entendemos que el propósito de Don Miguel en juicio no es otro que hacer valer sus derechos, y en este caso defenderse de la acusación de un delito de lesiones. Por lo tanto, su propósito no es injuriar ni dañar a sus progenitores, sino probar su inocencia. Entender lo contrario podría suponer una vulneración de la tutela judicial efectiva. En conclusión, entendemos que este primer requisito no se cumple.

Además de la intencionalidad, el Código Civil establece que las injurias han de ser “graves”; esto es, que cuenten con una entidad suficiente. Para ello los tribunales suelen tener en cuenta distintas circunstancias (contexto familiar, publicidad, cultura...) ⁴⁹.

En el presente caso, en cuanto a la gravedad se puede determinar que se las expresiones manifestadas por el desheredado tienen lugar en una situación de extrema conflictividad dadas las acusaciones vertidas en la persona de Don Miguel por parte de su madre. De todas maneras, el aspecto más importante en este caso es el hecho de que las injurias vertidas

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) de 19 de diciembre de 2013, n.º 410/2013 ECLI:ES:APSA:2013:706: *Es sabido que la diferencia entre la gravedad y la levedad de las injurias es esencialmente circunstancial, correspondiendo al ponderado criterio judicial trazar la línea delimitadora atendiendo no sólo al contenido más o menos infamante de las expresiones proferidas, sino también, a las circunstancias de personas, de tiempo, de lugar, de ocasión, etc, esto es; ponderando las condiciones personales de los sujetos, el ambiente, su cultura, los antecedentes, las relaciones de confianza, el modo de ejecución, la trascendencia lograda, para hacer, en definitiva, un juicio axiológico judicial que permita determinar, casuística y relativamente, el contenido de la injuria en sí misma.*

hacia sus padres no tienen ningún tipo de repercusión pública fuera del ámbito familiar. Aun así, atendiendo a los hechos expuestos creemos que puede ser una cuestión controvertida, por lo que la gravedad o levedad quedará al árbitro del juzgador.

Finalmente, aunque no es una doctrina unánime, algunos tribunales han exigido reiteración de la conducta para calificarla como una causa del art. 853.2 CC⁵⁰. De hecho, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de junio de 2018 determina que no concurre justa causa, entre otras razones porque las opiniones vertidas en redes sociales son un hecho puntual que no constituyen un maltrato reiterado⁵¹. En los mismos términos la Audiencia provincial de Asturias establece: *la amenaza de muerte por teléfono del hijo menor al padre, que dice haber oído la apelante, pues en todo caso sería un hecho aislado, concreto y temporal sin continuidad alguna, no subsumible en el art. 853.2.ª del Código Civil*⁵². En este caso, los hechos llevados a cabo por el hijo, Don Miguel, tienen lugar en un momento muy concreto, sin que haya existido ningún tipo de continuidad.

Por todo lo expuesto, entendemos que estamos ante una causa de desheredación injusta ya que no concurren todos los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para su apreciación. En concreto, merece especial mención la falta de *animus injurandi*. Además, se trata de un hecho puntual, lo que evidencia una vez más esa falta de intencionalidad.

⁵⁰ ORDÁS ALONSO, M. *La desheredación...*, *op cit.*, p. 293.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2018, Sentencia n° 401/2018, ECLI: ES:TS:2018:2492.

⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) de 7 de noviembre de 2006, ECLI:ES:APO:2006:3292.

c) De la segunda causa invocada: maltrato de obra

Además de las supuestas injurias vertidas por parte de la desheredada, la causante deja constancia de la inexistente relación con el citado hijo: *no mantiene relación de ningún tipo con la testadora desde hace más de 4 años, habiéndose despreocupado totalmente durante ese tiempo de saber si la testadora necesitaba cualquier tipo de cuidado personal y/o ayuda, tanto económica como sanitaria, alimenticia o de cualquier otro tipo.*

El maltrato de obra es un concepto que ha sido flexibilizado en los últimos años jurisprudencialmente. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014⁵³ marca un punto de inflexión, ya que amplía la interpretación de la expresión “maltrato de obra” conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento (art 3.1 CC), incluyendo el maltrato psicológico al testador como supuesto^{54,55}.

Hasta ese momento, la tesis seguida mayoritariamente por los tribunales era que la falta de relación debía quedar fuera del ámbito del derecho y solo podía tener consecuencias en el ámbito de la conciencia y de la moral de cada persona. Reviste especial importancia la ya citada STS de 28 de junio de 1993⁵⁶:

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 3 de junio de 2014, nº 258/2014, ECLI:ES:TS:2014:2484: *en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto.*

⁵⁴ ATIENZA LÓPEZ, J. I. “El maltrato psicológico como supuesto del maltrato de obra es causa de desheredación”, *CEFLega: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*,

⁵⁵ —, nº 186, pp. 217-218. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/download/10761/10459/19197> (Última Consulta: 10/11/2023).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de junio de 1993, nº 659/1993, ECLI:ES:TS:1993:4601.

“la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valorización jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al tribunal por la conciencia”.

De igual forma el Tribunal Supremo⁵⁷ mantuvo este criterio y estableció que no incurren en causa de desheredación los siguientes supuestos: *no convivir con el padre, no mantener relación con él, privarle de su presencia en vida o no acudir a su entierro.*

Tras el cambio en la doctrina del año 2014, encontramos multitud de sentencias que establecen como justa causa la desheredación en caso de maltrato psicológico. En el presente caso, Don Miguel y Doña Carmen han estado alrededor de 8 años sin mantener apenas relación. Por lo tanto, estamos ante un caso de distanciamiento y ausencia de relaciones.

Sin embargo, actualmente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas taxativamente en la Ley. De este modo, la jurisprudencia ha determinado algunos requisitos para que esta falta de relación pueda equipararse al daño psicológico. Ejemplo de ello es la reciente Sentencia Tribunal Supremo, 1676/2023, de 19 de abril de 2023, que se pronuncia en los siguientes términos⁵⁸:

“El alto tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, una falta de relación continuada e imputable al desheredado puede ser valorada como

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 4 de noviembre de 1997, n° 954/1997, ECLI:ES:TS:1997:6536.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 2023, n° 556/2023, ECLI:ES:TS:2023:1676.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador. Pero, como remarcó en una sentencia anterior, ello no supone configurar ‘por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla’”.

Por lo tanto, es necesario valorar en cada caso si, en atención a las circunstancias acreditadas, se cumplen los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia. Por un lado, que el distanciamiento y la falta de relación sean exclusivamente imputables al legitimario. Por otro lado, que se den de manera constante y continuada.

Y finalmente, que esos hechos hayan causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad suficiente para considerarlos “maltrato de obra”, en los términos previstos en el art. 853.2.^a CC⁵⁹.

En el presente supuesto está claro que existe un verdadero distanciamiento entre Doña Carmen y Don Miguel, ya que no tienen ningún tipo de relación y sus vidas han discurrido por caminos distintos⁶⁰. Además, esta ausencia de relación puede definirse como permanente y continuada, ya que se ha prolongado durante 8 años prácticamente⁶¹, desde que Miguel abandonó el domicilio familiar hasta el fallecimiento de su madre en el año 2020. Por lo tanto, consideramos que ese no es un hecho discutible.

⁵⁹ RIBERA BLANES, Begoña. “Maltrato psicológico y abandono efectivo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N° 17 bis, 460–2509. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8737337> (Última consulta: 12/11/2023).

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 2018: “*Si existe relación familiar, por mínima que esta sea, e incluso, aun siendo hostil o distante, será suficiente para que la desheredación no proceda y que los legitimarios tengan derecho a recibir la parte de la herencia del causante que les corresponda*”.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de febrero de 2019, n° 104/2019, ECLI:ES:TS:2019:502.

Sin embargo, la cuestión que puede suscitar mayor controversia es el hecho de que la ausencia de la relación entre ambos sea imputable exclusivamente al hijo. RIBERA BLANES⁶² establece la necesidad de *retroceder en el tiempo hasta situarse en el punto en que se inicia la falta de relación para valorar cuál fue la causa que provocó la ruptura de las relaciones entre ellos y qué comportamientos o conductas han mostrado tanto el causante como los desheredados durante todo el tiempo en que duró la falta de relación, prestando atención especial a la edad en que tenían unos y otros en el momento en que se produce la ruptura de las relaciones personales entre ellos.*

Como origen de la nula relación entre ambos destaca el hecho de que la propia madre interpuso denuncia contra el hijo por lesiones leves, procedimiento judicial del cual Don Miguel resultó absuelto. Además, tampoco queda acreditado según los hechos expuestos, que la madre haya intentado acercar posturas y reconciliarse con su hijo. Así mismo, creemos que es relevante el hecho de que cuando tuvo lugar la discusión que propició el abandono de la vivienda Miguel tan solo tenía 19 años. Creemos que estos hechos apoyan la idea de que la falta de relación entre ambos no es imputable a Don Miguel, por lo menos no exclusivamente.

Por otro lado, en el testamento Doña Carmen manifiesta que ha existido una *despreocupación total por parte del hijo durante ese tiempo conocer su la testadora necesitaba cualquier tipo de cuidado personal y/o ayuda, tanto económica como sanitaria, alimenticia o de cualquier otro tipo.* Si bien es cierto que la madre sufría cáncer, Don Miguel dice no conocer la enfermedad que sufría su madre, que le fue diagnosticada en 2017, años después de que él abandonase la vivienda, y cuando ya no existía relación alguna entre ambos.

Además, disponía de recursos suficientes para hacer frente a los gastos derivados de su enfermedad y estaba acompañada de su marido.

⁶² RIBERA BLANES, B., “Maltrato psicológico...”, *op cit.*, p. 2500.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

Por lo tanto, pese a que en determinadas ocasiones la jurisprudencia ha determinado que en este tipo de supuestos ciertamente concurre causa de desheredación⁶³, en este caso entendemos que no debe apreciarse atendiendo a la situación concreta. Lo más relevante, desde nuestro punto de vista, es el hecho de que Doña Carmen, no intentó en ningún momento ponerse en contacto con su hijo, llegar a un entendimiento, ni siquiera en momentos de problemas de salud.

Al hilo de este último argumento, de los hechos relatados tampoco podemos afirmar que la falta de relación familiar estuviera realmente causando un daño psicológico en Doña Carmen. Por lo tanto, los herederos serán los que deberán acreditar que la causante sufrió en vida un menoscabo psicológico derivado del comportamiento de Don Miguel.

Por todo lo expuesto, entendemos que esta segunda causa de maltrato de obra, en su variante de maltrato psicológico, no concurre en el presente supuesto. La razón principal para su inadmisión es que no se puede determinar que la culpa exclusiva de la falta de la relación entre ambos sea imputable a Don Miguel.

VI. EFECTOS DE LA ESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN EN EL SENO DE UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL

a) Efectos de la extinción del poder testatorio

En caso de que el juez entienda que el poder se encontraba extinto por concurrir causa legal prevista en el art.48.4 de la LDCV, se declarara

⁶³ SAP Madrid (Sección 12ª), de 3 de noviembre de 2016, nº 411/2016, ECLI:ES:TS:2019:1523; STS (Sala de lo Civil), de 13 de mayo de 2019, nº 267/2019, ECLI:ES:TS:2019:1523.

la nulidad de los actos jurídicos realizados por el comisario foral^{64,65}. No ostentaba la legitimación para ejercer el uso del poder porque en ese momento se encontraba extinto. La consecuencia es la nulidad de los actos llevados a cabo.

Por lo tanto, la primera consecuencia es la nulidad de la escritura pública otorgada el 4 de febrero de 2023 por Don Fernando de manifestación de herencia, protocolización de cuaderno particional y adjudicación de bienes, previa liquidación de la sociedad conyugal.

Tras la nulidad de los actos, la clave ahora es determinar cómo se procederá a la sucesión y a la repartición del caudal relicto. En ese sentido debemos distinguir distintos supuestos. Por un lado, si existe más de un comisario o se ha designado sustituto, estos podrán ejercer el uso del poder. Por otro lado, para el supuesto en el que no haya otros comisarios, dependerá de la existencia de testamento preventivo. Finalmente, en defecto de testamento preventivo, se abre la sucesión abintestato⁶⁶. Por lo tanto, la extinción del poder no supone automáticamente la apertura de sucesión legal, ya que prevalece la ordenación sucesorio preventiva prevista por el causante⁶⁷. Del mismo modo OÑATE CUADROS establece que las consecuencias de la extinción del poder serán las previstas por el causante, y en defecto de este, se procederá a la apertura de la sucesión *abintestato*⁶⁸.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 3ª), de 4 de mayo de 2023.

⁶⁵ /2023, ECLI:ES:APBI:2023:406.

⁶⁶ RECALDE VITORIA, *Análisis de la sucesión...*, *op cit.*, p. 518.

⁶⁷ GIL RODRÍGUEZ, J., “Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”. En: Gil Rodríguez J. y Gorka Galicia Aizpurua (Dir./coord.) *Manual de Derecho Civil Vasco*. Barcelona: Atelier 2016, pp. 423-425.

⁶⁸ OÑATE CUADROS, F.J., “Extinción de poder testatorio”. URRUTIA BADIOLA, A.M (Coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 442.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

En este caso, sí encontramos una disposición en el testamento que prevé la posibilidad de la extinción del poder. Esta dice así:

“Para el caso, de que el poder se extinga por cualquiera de las causas previstas en la ley, instituye herederos universales por mitades e iguales partes de todos sus bienes derechos, créditos y acciones a sus tres hermanos, sin perjuicio de lo que por legítima le corresponda a su cónyuge”.

En consecuencia, se declarará la eficacia y validez del testamento preventivo otorgado y la nueva partición de herencia de Doña Carmen habrá de practicarse conforme a está.

Finalmente, la extinción del poder testatorio como consecuencia de la relación marital de hecho, también puede tener efectos en la legítima de cónyuge viudo consistente en el usufructo vitalicio previsto en el artículo 52 LDCV. Si a través de un procedimiento judicial se prueba que existe vida marital de hecho entre Don Fernando y Doña Alejandra, ello también puede tener efectos en la legítima que ostenta Don Fernando, ya que la norma autonómica recoge como causa de extinción de la legítima que el cónyuge viudo haga vida marital (Art. 55 LDCV).

Además de la cuota usufructuaria que le corresponde a Don Fernando, la LDCV recoge el derecho de habitación sobre la vivienda conyugal. Pero una vez más lo extingue en caso de que haga vida marital de hecho, tal y como dispone el artículo 54 LDCV.

En consecuencia, la resolución judicial por la que quedase acreditada la existencia de vida marital de hecho, es suficiente para extinguir el usufructo y el derecho de habitación⁶⁹.

Por tanto, entendemos que atendiendo a todo lo expuesto, la herencia quedaría repartida “*en mitades e iguales partes*”; es decir, el 50% del caudal hereditario para cada hermano.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial del Álava (Sección 1ª), de 25 de mayo de 2021, n° 430/2021, ECLI:ES:APVI:2021:533.

b) Efectos de causa de desheredación injusta

Tal y como hemos explicado en los apartados anteriores, la desheredación tiene por objeto la privación de la legítima a un heredero forzoso. La legítima es la porción de los bienes que el legislador ha reservado a determinados herederos (art. 806 CC), y que, por ende, el causante está obligado a transmitir a estos (art. 48.2 LDCV). En este caso, la LDCV establece que la legítima de los descendientes es de un tercio del caudal hereditario (art 49 LDCV)⁷⁰.

Por lo tanto, en caso de que no exista justa causa de desheredación, el legitimario recupera posibilidad de percibir el quantum relativo a la legítima del caudal relicto⁷¹. En este sentido, debemos de seguir lo establecido en el artículo 851 del Código Civil en lo que se refiere al modo de proceder en la anulación de las disposiciones testamentarias: *anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima*.

La acción de impugnación de la disposición testamentaria prescribe transcurridos 4 años desde se abre la sucesión⁷², en nuestro caso desde que se hace uso del poder testatorio. Es importante dejar claro que la impugnación de la causa de desheredación no implica la nulidad de la totalidad del testamento, ya que en la medida de lo posible se debe preservar la voluntad de la testadora. Así mismo, tampoco procede solicitar que el legitimario injustamente desheredado participe en la herencia en igualdad de condiciones que el resto de herederos, ya que del testamento

⁷⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones...*, op cit., pp. 1853 y ss.

⁷¹ RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición en el Derecho Común Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, pp. 237-238.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 25 de septiembre de 2019, nº 492/2019, ES:TS:2019:2917.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

de la causante se desprende la voluntad inequívoca de no dejar nada a Don Miguel⁷³.

No puede obviarse dicha voluntad declarada del testador en el sentido de desheredar al legitimario y esta constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar. En ese sentido destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 2 de septiembre de 2021⁷⁴:

“la razón que justifica que solo tengan derecho a la corta es que contra la voluntad de la causante solo tienen derecho a la legítima estricta, y fuera de ese límite la voluntad del causante es ley de la sucesión (arts. 808 y 675 CC), ya que puede distribuir libremente entre sus descendientes, de ser varios, las porciones previstas en la ley (arts. 808 y 823 CC)”.

Del mismo modo la Sentencia del Supremo de 9 de julio del 2002⁷⁵, determina que la voluntad de la causante era atribuirle *el todo a las descendientes no desheredadas*; y en consecuencia, aunque por ley se les reduzca la institución de herederos, no se les puede privar de aquello que se les pudo atribuir y se les atribuyó voluntariamente.

En palabras de RIVERA FERNÁNDEZ *el desheredado injustamente solo obtendrá la legítima estricta, a la que se imputarán las donaciones que hubiera recibido*⁷⁶. Por lo tanto, atendiendo a lo establecido por la normativa foral, le corresponde a Don Miguel únicamente un tercio de la herencia, al ser el único descendiente.

⁷³ ORDÁS ALONSO, M., *La desheredación...*, *op cit.*, pp. 194-195.

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 2 de septiembre de 2021, nº 675/2021 ECLI:ES:APVI:2021:932.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de julio de 2002, nº 725/2002, ECLI:ES:TS:2002:5118.

⁷⁶ RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición...*, *op cit.*, pp. 237-238.

La reducción afectará en primer lugar a la institución de heredero, en cuanto perjudique al desheredado, y solo subsidiariamente a los legados, mandas y resto disposiciones testamentarias^{77, 78}. En este caso, la controversia no suscita mayor complejidad, ya que solo se instituye heredero a los hermanos, y la legítima del cónyuge viudo es indisponible. Por lo tanto, se deberá de reducir de la institución de los herederos, en este caso los hermanos.

El Alto Tribunal recoge en sus pronunciamientos, en caso de desheredación injusta, el desheredado solo tiene derecho a la legítima estricta⁷⁹:

“la desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero hecha en favor de D^a Amelia deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado, según establecen los artículos 814.1º del Código Civil (para la preterición intencional) y 851 del mismo Cuerpo legal (para la desheredación injusta), cuya legítima que ha de ser respetada es solamente la legítima estricta o corta, según ya tiene declarado esta Sala para supuestos análogos al que aquí nos ocupa (Sentencias de 23 de Enero de 1959, 9 de Octubre de 1975 y 13 de Julio de 1985)”.

El resultado sería que a Don Miguel le correspondería un tercio de la herencia por imperativo legal al ser el único descendiente. Así mismo, partiendo de la premisa de que la pretensión de Don Gonzalo ha sido desestimada, Don José vería reducida su institución un tercio del caudal hereditario, manteniendo dos tercios.

⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, (Sección 4ª), 6 de julio de 2022,.

⁷⁸ /2022, ECLI:ES:APMA:2022:2374.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de abril de 1998, nº 310/1998, ECLI:ES:TS:1998:2295.

Finalmente, la consecuencia indirecta sería que Don Fernando vería también reducido el usufructo viudal, que pasaría a ser de la mitad del caudal hereditario por concurrir descendientes (art 52.1 LDCV), en vez de dos tercios del caudal (52.2 LDCV).

Por lo tanto, en este caso también se procedería a la nulidad de la partición de la herencia, debiéndose practicar una nueva partición en la que se adjudiquen a Don Miguel lo que por legítima le corresponda. Así mismo se decretará, la nulidad y cancelación de las inscripciones practicadas en los correspondientes Registros de la Propiedad con base en la referida partición de herencia que se anula.

c) Efectos de que ambas pretensiones se estimen

En este apartado suscribimos los efectos descritos en los apartados previos, pero queremos puntualizar cómo se debería proceder a la repartición de la herencia en caso de que ambos pudieran concurrir a la sucesión de Doña Carmen.

Como hemos explicado, en caso de que se extinga el poder testatorio, Don Fernando no tendrá derecho a percibir la legítima viudal y tampoco el derecho de habitación, ya que ambos estarían extintos como consecuencia de la vida marital de hecho. Por otro lado, el tercio de legítima del descendiente

Por lo tanto, los herederos serían por un lado Don Miguel, al que como hemos dicho le corresponde el tercio del caudal hereditario, y por otro lado los hermanos, Don Gonzalo y Don José, que se repartirán por mitades los dos tercios restantes del caudal hereditario.

VII. CONCLUSIONES DEL DICTAMEN

PRIMERA.— El poder testatorio se extingue por hacer vida marital de hecho tal y como dispone el artículo 45.4 CC. El concepto de vida marital desarrollado por la jurisprudencia en los últimos años ha priorizado los elementos de publicidad, vocación de permanencia y estabilidad, sobre la “convivencia bajo el mismo techo” y un patrimonio conjunto, atendiendo a la nueva realidad social. Ello permite apreciar una relación marital de hecho entre Don Fernando y Doña Alejandra, debido a la duración de la relación, la publicidad y la proximidad de las viviendas. En consecuencia, se puede entender extinto el poder testatorio al momento en el que Don Fernando hizo uso de él.

SEGUNDA.— Doña Carmen lleva a cabo la desheredación de su hijo Miguel, por la imposibilidad de apartarlo, al ser el único descendiente. La desheredación exige que esta se funde en una causa legal, a diferencia del apartamiento. Por ello, el informe ha analizado la concurrencia en el presente supuesto de las causas de desheredación previstas en el artículo 853.2 CC, llegando en ambos casos a la misma conclusión: no concurre justa causa en ningún caso.

TERCERA.— En cuanto a la causa de desheredación consistente en las injurias graves de palabra, entendemos que no cabe su apreciación debido a la falta de requisitos exigidos por la jurisprudencia. En concreto, no se cumple el requisito de intencionalidad o *ius injurandi*, ya que estas se emiten en el seno de un procedimiento judicial penal y su objetivo no es otro que defender la inocencia del acusado. Así mismo, estamos ante un episodio concreto, que no ha tenido trascendencia más allá del ámbito familiar, requisito que también ha sido exigido en numerosas ocasiones por la jurisprudencia.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

CUARTA.— En cuanto a los hechos descritos por la causante en relación a la falta de relación entre madre e hijo, tampoco pueden ser considerados maltrato de obra, en su variante de maltrato psicológico, ya que no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser entendida como maltrato de obra. La jurisprudencia ha exigido que se cumplan determinados presupuestos. En este caso, pese a que la falta de relación entre ambos ha sido continuada y permanente, no se puede determinar que la culpa de la falta de la relación entre ambos sea exclusivamente imputable a Don Miguel. Así mismo, tampoco queda acreditado en los hechos el daño que dicho distanciamiento ha provocado en la causante.

QUINTA.— Los efectos de la estimación de ambas pretensiones otorgarían amplios derechos sucesorios tanto a Don Miguel, como a Don Gonzalo:

- En el caso de Don Miguel, siendo el único descendiente le corresponde el tercio de legítima. La voluntad de la causante debe respetarse en tanto en cuanto no perjudique a la legítima. Independientemente de que la pretensión de Don Gonzalo se estime o no, el *quantum* que percibe Don Miguel no varía.
- En el caso de Don Gonzalo, deberíamos distinguir dos supuestos. En caso de que solo se estimase la extinción del poder testatorio, Don Gonzalo recibiría la mitad del caudal hereditario. En caso de que se estimen ambas pretensiones, debiendo preservar la legítima del descendiente, le correspondería un tercio de la herencia a Don Gonzalo. Además, en ambos casos se procedería a la extinción del usufructo viudal como consecuencia de la acreditación de la vida marital de hecho.

SEXTA.— Por último, queremos destacar una conclusión común que extraemos del estudio de ambas cuestiones jurídicas en relación a la interpretación hecha por la jurisprudencia. En este sentido, señalamos la importancia de la interpretación y aplicación de las normas conforme a

la realidad social (art.3.1 CC). Tal es así, que conceptos como “vida marital de hecho” han sido ampliados y flexibilizados, no exigiendo actualmente la convivencia para su apreciación. Del mismo modo, el maltrato psicológico ha sido entendido como una forma de maltrato de obra que posibilita la desheredación de los legitimarios atendiendo al cánón de interpretación sociológico. En definitiva, el Tribunal Supremo ha ido modificando su jurisprudencia con el objetivo de dar respuesta a la nueva realidad social.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

8.1) Libros y revistas

ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio. “El maltrato psicológico como supuesto del maltrato de obra es causa de desheredación”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2016, N.º. 186, pp. 215-222. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/download/10761/10459/19197> (Última Consulta: 10/11/2023).

ATXUTEGUI GUTIÉRREZ, Jon. *Apartamiento y desheredación en el Derecho Civil Vasco*. España: Universidad del País Vasco, 2022.

BUSTO LAGO, José Manuel. “Comentario de los arts. 848 a 857”. En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.): *Comentarios al Código Civil*, 4 ed., Tomo V. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CELAYA IBARRA, Adrián. “El testamento por comisario”. *Anuario de derecho Civil Vasco*, vol. 25, n.º 3, 1972, pp. 735-782.

CELAYA IBARRA, Adrián. “Sección 3ª. Del poder testatorio y del testamento por comisario”. En M. ALBADALEJO y S. DíEZ ALABART (Dirs.): *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo XXVI. Madrid: EDERSA, 1997.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y TORRES GARCÍA, Teodora. “La legítima en el Código Civil”. En: M.A GETE ALONSO CALERA, y J. SOLÉ RESINA (Dir./coord.): *Tratado de Derecho de Sucesiones*, vol. II. España: Thomas Reuteurs, 2011.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús Javier. “El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco”. En *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. España: Parlamento Vasco, 2016, pp. 423-451. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5403803> (Última Consulta: 15/11/2023).

FERNÁNDEZ DE BILBAO PAZ, Jesús Javier. *La sucesión por comisario en la Ley de Derecho Civil Vasco y otras figuras similares en el derecho civil autonómico español*. Madrid: Dykinson, 2022.

FUSTER, Andrés Íñigo. “Las injurias graves como causa de la desheredación”, *CE-FLegal, Revista práctica de derecho*, nº 25, 2003, pp. 167-173. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15103> (Última consulta: 09/10/2023).

GALICIA AIZPURUA, Gorka. “Limitaciones a la Libertad de Disposición por causa de muerte. Régimen de legitimario general. Especialidades de Vizcaya”. En: J. GIL RODRÍGUEZ y G. GALICIA AIZPURUA (Dir./Coord.): *Manual de Derecho civil Vasco*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 383-402.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. “Libertad y fiducia en el Valle de Ayala”. En: J. GIL RODRÍGUEZ y G. GALICIA AIZPURUA (Dir./coord.): *Manual de Derecho civil Vasco*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 403-428.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101. 1 del Código Civil), *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº6, 2013, pp. 156-193. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4468826.pdf> (Última Consultado en fecha: 30/10/2023).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. *La “vida marital” del preceptor de la pensión compensatoria*. Navarra: Aranzadi, SA, 2014.

IRIARTE ÁNGEL, Borja. “Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?”, *Actualidad civil*, 2018, nº 11, Wolters Kluwer. Versión electrónica LA LEY 13908/2018. pp. 13.

LLAMAZARES MARTÍNEZ, Juan Carlos. “Sucesiones y poder testatorio”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, vol. 7, 2009, nº 18, pp. 199-209. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329233> (Última Consulta: 1/10/2023).

MENDEZ MARTOS, Juan Ramón. “La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Crimino-lógicos*, 2021, N° 3, pp. 19-64. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7968592> (Última Consulta: 13/11/2023).

OÑATE CUADROS, Francisco Javier. “Extinción de poder testatorio”. M. URRUTIA BADIOLA, A.M (Coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 432-442.

ORDÁS ALONSO, Marta. *La desheredación y sus causas Derecho civil común y derechos civiles forales especiales*. Madrid: Wolters Kluwer España, S.A., 2021.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “Comentario de los arts. 848 a 857”. En: R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Dir.): *Comentarios al Código Civil*, 4 ed., Tomo V, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

RECALDE VITORIA, Aitor. “Análisis de la sucesión por comisario. Perspectiva de la figura desde la aprobación de la ley 5/2015 de Derecho Civil vasco y aproximación a la práctica notarial”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2021, n° 29, pp. 491-537. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8485332> (Última consulta: 17/11/2023).

REPRESA POLO, María Patricia. *La desheredación en el Código Civil*. España: Reus, 2018.

RIBERA BLANES, Begoña. “Maltrato psicológico y abandono efectivo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, n° 17 bis, pp. 460-250. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8737337> (Última consulta: 12/11/2023).

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de Sucesiones Foral y Común*, vol. II, 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2009.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. *La preterición en el Derecho Común Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

URRUTIA BADIOLA, Andrés. “Artículo 37 Representación y Administración de la herencia”. En: A.M. URRUTIA BADIOLA (Coord.): *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco*. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 393-397.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

VELA SÁNCHEZ, Antonio. “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital ex artículo 101.1.º CC”, Diario *La Ley*, nº 9311, Sección Doctrina, 2018, Wolters Kluwer. Versión Electrónica LA LEY 13819/2018, pp. 16.

8.2) Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 6 de noviembre de 2012, nº 198/2012, ECLI:ES:TC:2012:198.

Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil), de 28 de junio de 1993, nº 675/1993, ECLI:ES:TS:1993:4601.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 28 de junio de 1993, nº 659/1993 ECLI:ES:TS:1993:17783.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de noviembre de 1997, nº 954/1997, ECLI:ES:TS:1997:6536.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de abril de 1998, nº 310/1998, ECLI:ES:TS:1998:2295.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de julio de 2002, nº 725/2002, ECLI:ES:TS:2002:5118.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de junio de 2014, nº 258/2014, ECLI:ES:TS:2014:2484.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de febrero de 2012, nº 624/2012, ECLI:ES:TS:2012:624.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de mayo de 2019, nº 267/2019, ECLI:ES:TS:2019:1523.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de febrero de 2019, nº 104/2019, ECLI:ES:TS:2019:502.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 25 de septiembre de 2019, nº 492/2019, ES:TS:2019:2917.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2018, nº 401/2018, ECLI: ES:TS:2018:2492.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 2022, nº 419/2022, ECLI:ES:TS:2022:2068.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de abril de 2023, nº 556/2023, ECLI:ES:TS:2023:1676.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y lo Penal), de 18 octubre 2007, nº 31/2007, ECLI:ES:TSJCAT:2007:15324.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y lo Penal) de 26 noviembre 2009, nº 47/2009, ECLI:ES:TSJCAT:2009:12035.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 10 de septiembre de 1998, nº 9542/1998, ECLI:ES:APM:1998:9542.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) de 7 de noviembre de 2006, ECLI:ES:APO:2006:3292.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 16 de febrero de 2010, nº 49/2010, ECLI:ES:APVI:2010:56.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 20 de mayo de 2010, nº 271/2010, ECLI:ES:AP MU:2010:1203.

Sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 28 de septiembre de 2010, nº 169/2010, ECLI:ES:APCO:2010:1102.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 20 de septiembre de 2011, nº 531/2011, ECLI:ES:APB:2011:9519.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sección 2ª) de 19 de abril de 2011, nº 254/2011, ECLI:ES:APS:2011:1092.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) de 19 de diciembre de 2013, nº 410/2013 ECLI:ES:APSA:2013:706.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) de 19 de febrero de 2014, nº 64/2014, ECLI:ES:APCO:2014:136.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª) 285/2016, de 30 de junio de 2016, nº 285/2016, ECLI:ES:APSG:2016:285.

*Interpretación conforme a la nueva realidad social:
La extinción del poder testatorio por la concurrencia de vida marital de hecho y
la aplicación práctica de las causas de desheredación del artículo 853.2 cc*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), de 3 de noviembre de 2016, nº 411/2016, ECLI:ES:TS:2019:1523.

Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 3ª) de 16 de diciembre de 2016, nº 311/2016, ECLI:ES:APSS:2016:111.

Sentencia de la Audiencia Provincial Bizkaia (Sección 5ª) de 2 de mayo de 2018, nº 1025/2018, ECLI:ES:APBI:2018:1025.

Sentencia de la Audiencia Provincial del Álava (Sección 1ª), de 25 de mayo de 2021, nº 430/2021, ECLI:ES:APVI:2021:533.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) de 2 de septiembre de 2021, nº 675/2021 ECLI:ES:APVI:2021:932.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, (Sección 4ª), 6 de julio de 2022, nº 439/2022, ECLI:ES:APMA:2022:2374.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), de 7 de febrero de 2023, nº 134/2023, ECLI:ES:APAL:2023:151.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), de 4 de mayo de 2023, de nº 135/2023, ECLI:ES:APBI:2023:406.

8.3) Normativa

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco*, 3 de julio de 2015, nº 124.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1889, nº 206.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de noviembre de 1995, nº 281.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero del 2000, nº 7.

La problemática y conflicto de la tramitación de los parques eólicos en la CAPV: gestión del suelo e impacto ambiental*

Jon MUNDUATE GOIKOETXEA

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 9/12/2025

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 10/03/2026

Resumen: El objeto del presente trabajo es analizar la tramitación de la implantación de nuevos parques eólicos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, centrándose especialmente, además de sus caracteres generales, en la gestión del suelo y el impacto ambiental. Esto es, dentro del Derecho Administrativo se tratarán las ramas de Derecho Urbanístico y Derecho del Medio Ambiente. Se ha elegido éste como tema objeto de estudio debido a la reciente proliferación de nuevos proyectos de parques eólicos que se pretenden instalar en Euskadi, y el conflicto que eso genera dado el rechazo de parte de la ciudadanía y algunas corporaciones locales. Además de analizar la normativa vigente y las principales cuestiones que abarcan la tramitación de un parque eólico, se analizará, en la medida de lo posible según la información disponible en cada momento, el impacto que tendrá el nuevo campo normativo que se espera que será aprobado próximamente (Ley Vasca del Cambio Climático y PTS de las Energías renovables).

Palabras clave: parque eólico; medio ambiente; entes locales.

* Trabajo premiado en la IX Edición del “Premio Adrián Celaya para jóvenes juristas”, otorgado por la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia el año 2024.

**EAEko haize-parkeen tramitazioaren arazoak eta gatazkak:
lur kudeaketa eta ingurumen-inpaktua**

Laburpena: Lan honen helburua Euskal Autonomia Erkidegoan parke eoliko berriak ezartzeko izapideak aztertzea da, eta, bereziki, ezaugarri orokorrez gain, lurzorua kudeaketa eta ingurumen-inpaktua izango ditu ardatz. Hau da, Administrazio Zuzenbidearen barruan Hirigintza Zuzenbidearen eta Ingurumen Zuzenbidearen adarrak jorratuko dira. Gai hori aukeratu da aztergai, Euskadin ezarri nahi diren parke eolikoaren proiektu berriak ugaritu berri direlako, eta horrek sortzen duen gatazka, herritarren eta tokiko korporazio batzuen gaitzespena dela eta. Indarrean dagoen araudia eta parke eoliko baten tramitazioa barne hartzen duten gai nagusiak aztertzeaz gain, ahal den neurrian, unean-unean eskuragarri dagoen informazioaren arabera, laster onartuko dela espero den arau-eremu berriak izango duen eragina aztertuko da (Klima Aldaketaren Euskal Legea eta Energia Berriztagarrien Lurraldearen Arloko Plana).

Gako-hitzak: parke eolika; ingurumena; tokiko erakundeak.

Problems and Conflicts in the Processing of Wind Farms in the Basque Country: Land Management and Environmental Impact

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the permitting process for the implementation of new wind farms in the Basque Country, focusing particularly, in addition to its general characteristics, on land management and environmental impact. Specifically, within the field of Administrative Law, the branches of Urban Planning Law and Environmental Law will be addressed. This topic was chosen due to the recent proliferation of new wind farm projects planned for the Basque Country and the resulting conflict, given the opposition from some citizens and local authorities. In addition to analyzing current regulations and the main issues involved in the permitting process for a wind farm, the paper will examine, to the extent possible based on the information available at any given time, the impact of the new regulatory framework expected to be approved soon (the Basque Climate Change Law and Sectoral Territorial Plans for Renewable Energies).

Key words: wind farm; environment; local authorities.

*La problemática y conflicto de la tramitación de los parques eólicos en la CAPV:
gestión del suelo e impacto ambiental*

ÍNDICE: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA IMPLANTACIÓN DE PARQUES EÓLICOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: 2.1) Contexto y antecedentes: a) *Necesidad de energías renovables y apuesta por la energía eólica*; b) *Parques Eólicos en la CAPV: Estado actual y proyectos planteados*. 2.2) Problemática y conflicto. “Energías verdes sí, pero no en mi jardín”. III.- TRAMITACIÓN DE LA IMPLANTACIÓN DE PARQUES EÓLICOS: 3.1) Cuestiones generales de la tramitación de los proyectos: a) *Interés público superior*. b) *Fragmentación*. 3.2.) Regulación del procedimiento para la autorización de parques eólicos. Decreto 115/2002, de 28 de mayo. 3.3) Impacto ambiental y su justificación. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; y Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de administración ambiental de Euzkadi. IV.- LA GESTIÓN DEL SUELO EN LA TRAMITACIÓN DE PARQUES EÓLICOS: ALCANCE MUNICIPAL Y SUPRAMUNICIPAL: a) *Alcance municipal: Planeamientos de Ordenación Urbana*. b) *Alcance supramunicipal: PTS de la Energía Eólica en la CAPV y Planes Territoriales Parciales*. V.- NUEVO CAMPO NORMATIVO: a) *Ley Vasca de cambio climático*. b) *PTS de las energías renovables*. IV.- REFLEXIONES: 4.1) Sobre la necesidad de las AAPP de motivar adecuadamente las calificaciones de interés público superior. 4.2) Sobre el procedimiento de implantación de nuevos parques eólicos en la CAPV: a) *Aspectos medioambientales*. b) *Aspectos urbanísticos*. 4.3) Sobre el componente social, la participación ciudadana. V.- REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA: 5.1) Doctrina-artículos jurídicos. 5.2) Legislación: a) *Legislación Europea*. b) *Estatal*. c) *Legislación Autonómica y Sectorial*. d) *Planeamiento Territorial*. 5.3) Jurisprudencia. 5.4) Informes de instituciones. VI.- OTROS ARTÍCULOS DIFUNDIDOS EN INTERNET. VII.- ANEXO I.

LISTADO DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

PTS	Plan Territorial Sectorial
PTP	Plan Territorial Parcial
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
PE	Parque Eólico
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
DF	Disposición Final
CE	Constitución Española

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar la tramitación de la implantación de nuevos parques eólicos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, centrándose especialmente, además de sus caracteres generales, en la gestión del suelo y el impacto ambiental. Esto es, dentro del Derecho Administrativo se tratarán las ramas de Derecho Urbanístico y Derecho del Medio Ambiente.

Se ha elegido éste como tema objeto de estudio debido a la reciente proliferación de nuevos proyectos de parques eólicos que se pretenden instalar en Euskadi, y el conflicto que eso genera dado el rechazo de parte de la ciudadanía y algunas corporaciones locales.

Además de analizar la normativa vigente y las principales cuestiones que abarcan la tramitación de un parque eólico, se analizará, a medida de lo posible según la información disponible en cada momento, el impacto que tendrá el nuevo campo normativo que se espera que será aprobado próximamente (Ley Vasca del Cambio Climático y PTS de las Energías Renovables).

Con todo ello, el trabajo tiene como objetivo que el lector sea capaz de entender los principales rasgos que posee la tramitación de los parques eólicos, las incompatibilidades que pueda haber, y ofrecer al mismo conocimiento general que pueda servir para identificar una tramitación incorrecta y hacer alegaciones, en su caso.

El desarrollo del presente trabajo ha requerido una labor previa de documentación y análisis jurídico en torno a las disposiciones normativas de diferentes niveles que afectan a la tramitación de los parques eólicos. Se ha hecho una selección de conceptos y normas a analizar con el fin de lograr un resultado final completo, que permita entender los fundamentos de la tramitación de los parques eólicos.

Para la realización del trabajo, a su vez, me he apoyado en la doctrina y jurisprudencia, con el fin de abordar el tema de manera más clara y ejemplificativa.

II. LA IMPLANTACIÓN DE PARQUES EÓLICOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

2.1) Contexto y antecedentes

a) *Necesidad de energías renovables y apuesta por la energía eólica*

En la situación actual de crisis climática y transición energética, la implantación de nuevos parques eólicos emerge como una solución para abordar los desafíos ambientales que afronta la sociedad. La necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, la búsqueda de fuentes de energía sostenibles y la creciente conciencia de la sociedad sobre los efectos del cambio climático han impulsado la expansión de la energía eólica como una alternativa viable y prometedora en la matriz energética global.

El Gobierno Vasco y el Gobierno de España acordaron, en 2019 y 2020 respectivamente, declarar la emergencia climática y ambiental. En este sentido, existe un consenso generalizado sobre el impacto que la quema de combustibles fósiles genera en el medio ambiente, incrementando la concentración de gases de efecto invernadero.

Una de las principales líneas de actuación para mitigar el cambio climático es la descarbonización de la economía, y en concreto del sector energético. El informe IPPC¹ 2021-2023 estableció que aproximadamente el 40% de los gases de efecto invernadero eran atribuidas al sector energético².

Es más, en el último “Inventario de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero”³ publicado por IHOBE ha establecido que el sector energético es responsable del 31% de las emisiones de estos gases en Euskadi.

Derivado de todo ello, son numerosas las directrices, regulaciones, reglamentos y otro tipo de normas que se han desarrollado a diferentes niveles para impulsar la sustitución del consumo de recursos fósiles y la implantación de energías renovables. Entre ellas, en lo que respecta a Euskadi, el Consejo de Gobierno aprobó en 2016 la Estrategia Energética de Euskadi 2030⁴, la cual define los objetivos y las líneas básicas de actuación, mediante la proposición de nuevas directrices, en materia de política energética para el periodo 2016-2030.

¹ El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) es el principal órgano internacional encargado de evaluar el conocimiento sobre el cambio climático. es un órgano científico, pero no lleva a cabo investigaciones propias ni supervisa los datos o parámetros relativos al clima. Examina y evalúa la bibliografía científica, técnica y socioeconómica más reciente que se produce en el mundo, pertinente para la comprensión del cambio climático.

² MITECO. “El IPCC”. <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/el-proceso-internacional-de-lucha-contr-el-cambio-climatico/naciones-unidas/ipcc.html> (Última consulta 18 de abril de 2024).

³ IHOBE. “Inventario de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero en Euskadi” Disponible en: <https://www.ihobe.eus/publicaciones/inventario-emisiones-gases-efecto-invernadero-euskadi-2021> (Última consulta 17 de marzo de 2024).

⁴ GOBIERNO VASCO, DPTO. DE DESARROLLO ECONÓMICO Y COMPETITIVIDAD. “Estrategia energética de Euskadi 2030”. Vitoria-Gasteiz, 2016. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/estrategia_energetica_euskadi/es_def/adjuntos/3E2030_Estrategia_Energetica_Euskadi_v3.0.pdf (Última consulta 18 de abril de 2024).

En definitiva, se está haciendo una gran apuesta en todo el territorio para aprovechar una fuente de energía renovable, abundante y limpia: el viento. Este recurso natural ofrece un potencial considerable para la generación de electricidad más limpia, además de impulsar el desarrollo económico y tecnológico en el territorio.

b) *Parques Eólicos en la CAPV: Estado actual y proyectos planteados*

Actualmente existen cinco parques eólicos en funcionamiento en Euskadi, que pueden generar un total de 153MW. El último de estos fue instalado en 2006, por lo que hay que retrotraerse hasta ese año para ver los últimos aerogeneradores que se han levantado en Euskadi. No obstante, hoy en día se está viviendo una proliferación en las solicitudes de implantación de nuevos parques eólicos. Según los datos disponibles en la web “Ente Vasco de la Energía”, a de hoy se están tramitando un total de 31 proyectos de parques eólicos en Euskadi: 15 en Bizkaia, 11 en Álava, y 5 en Gipuzkoa, en aras de cumplir los objetivos establecidos por la Estrategia Energética de Euskadi 2030. A éstos hay que sumarle los proyectos cuya tramitación corresponde al Gobierno central, por potencia o porque salen del ámbito territorial de Euskadi (caso de Labranza y Aramaio).

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que todos estos proyectos son considerados “expedientes”, esto es, se encuentran en trámite una vez que la empresa promotora haya registrado su interés, y algunas no cuentan siquiera con un Anteproyecto. Por tanto, muchos de estos proyectos se quedarán por el camino, bien porque al final resultan no ser viables o por las dificultades encontradas en el transcurso de su tramitación.

La implantación de la energía eólica en Euskadi es, por el momento, una carrera entre cuatro empresas: Iberdrola, Capital Energy, Fistera Energy y Statkraft.

En el **Anexo I** al presente documento se incluye una figura donde se incluyen los parques eólicos en funcionamiento y los proyectados en la CAPV.

2.2) Problemática y conflicto. “Energías verdes sí, pero no en mi jardín”

Las energías verdes tienen, en general una gran aprobación en la sociedad. Según determinó el proyecto Renaissance⁵, una encuesta que analizó la aceptación social de los ciudadanos europeos de la transición energética hacia las energías renovables, en el cuál participo Ikerlan como representante de la CAPV, cerca del 80% de los ciudadanos europeos se muestra a favor de fomentar fuentes de energía renovables, siempre y cuando, y matiza, que no tenga efectos desfavorables, destacando los económicos, en la ciudadanía.

Asimismo, el estudio realizado por la Universidad Complutense de Madrid, dentro del marco de la Agencia Estatal de Investigación de España y Fondo Europeo de Desarrollo regional, la aceptación general a las energías renovables en Europa es alta, aunque esto varía dependiendo de las localizaciones y tecnologías propuestas, con preferencia por instalaciones solares fotovoltaicas y tamaños medios en espacios degradados⁶.

⁵ IKERLAN, “Una encuesta muestra el nivel de aceptación social de las comunidades energéticas en Europa” <https://www.ikerlan.es/noticias/noticia/una-encuesta-muestra-el-nivel-de-aceptacion-social-de-las-comunidades-energeticas-en-europa> (Última consulta 18 de febrero de 2024).

⁶ RODRÍGUEZ SEGURA, F.J.; FROLOGA IGNATIEVA, M. “Aceptación social de las energías renovables en Europa”. *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*. 43(1) 211-236. Disponible en <https://digibug.ugr.es/handle/10481/80622> (Última consulta 18 de febrero de 2024).

No obstante lo anterior, la realidad está mostrando que, ante la implantación de un parque eólico, los habitantes de los municipios afectados, incluso las propias instituciones se oponen a dichos proyectos, lo que puede suponer un obstáculo para la transición energética. Ejemplo de ello es la oposición ciudadana e institucional al Proyecto Básico del parque eólico Buruzai, promovido por Capital Energy y proyectado en los municipios de Azpeitia, Azkoitia, Zumarraga y Ezkio – Itsaso. Los cuatro municipios, al margen de la diferencia de sus colores políticos, han presentado alegaciones al proyecto presentado⁷.

Los estadounidenses denominaron este fenómeno como el síndrome “Not in my backyard”, o el síndrome NIMBY⁸, atendiendo a sus siglas, en un principio en contra de la construcción de vertederos nucleares. Esta postura, cuya traducción literal sería “no en mi jardín”, se ha extendido por todo Europa, no solamente en contra de centrales nucleares e incineradores, sino que, como se ha mencionado anteriormente, también en contra de las centrales hidroeléctricas, las fotovoltaicas o, como es el caso, los parques eólicos⁹.

Este movimiento prolifera mayormente por la preocupación, miedo o desinformación acerca de los proyectos. Por tanto, como se ha mencionado anteriormente, este trabajo pretende aclarar la tramitación de los

⁷ ZABALA, A. “Alegaciones conjuntas de los pueblos afectados por Buruzai”. *Noticias de Gipuzkoa*, 18 de enero de 2024. Disponible en <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/gipuzkoa/bertan/2024/01/18/alegaciones-conjuntas-pueblos-afectados-buruzai-7756533.html> (Última consulta 5 de abril de 2024).

⁸ VECTOR RENEWABLES “El efecto NIMBY y las energías renovables”. *Vector Renewables Trends*. Disponible en <https://www.vectorenrenewables.com/es/blog/nimby-not-in-my-back-yard-energias-renovables> (Última consulta 23 de marzo de 2024).

⁹ ZULIANI, F. “¿Energías verdes? No en mi jardín.” *VOXEurope*. Disponible en <https://voxeurop.eu/es/energias-verdes-no-en-mi-jardin/> (Última consulta 17 de marzo de 2024).

parques eólicos en Euskadi, centrándose en sus dos principales ámbitos: la gestión del suelo y el impacto ambiental.

III. TRAMITACIÓN DE LA IMPLANTACIÓN DE PARQUES EÓLICOS

3.1) Cuestiones Generales de la tramitación de los proyectos

a) *Interés público superior*

Con el fin de no caer en la confusión, es conveniente realizar una breve distinción entre el “interés general” y el “interés público superior”. Aun teniendo ciertas similitudes e incluso en ocasiones se utilicen como conceptos homólogos en la prensa y en un entorno más coloquial no puede concluirse que el “interés general” y el “interés público superior” sean equivalentes. El “interés público superior” exige inexcusablemente un plus respecto del “interés general”. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de mayo de 2020, sobre la *anulación de la declaración de impacto ambiental y el anteproyecto del embalse de Biscarrués*¹⁰, desentraña si la declaración legal de interés general de un proyecto equivale al interés público superior. En definitiva, el TS se centra en el adjetivo “superior”, que indica un elemento de comparación. Pero no son conceptos excluyentes entre sí, sino que, atendiendo a la definición que realiza la Unión Europea en su legislación ambiental sobre el interés público superior, éste consiste, en definitiva, en la justificación de posibles exenciones al cumplimiento de ciertos requisitos o la posibilidad de tramitar mediante un procedimiento simplificado.

¹⁰ ROCA SAGARRA, J. “Sobre el interés general y el interés público superior”. *RocaJunyent Abogados*. 23 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.rocajunyent.com/es/blog/post/sobre-el-interes-general-y-el-interes-publico-superior> (Última consulta 25 de marzo de 2024).

Como se ha mencionado en apartados anteriores de este trabajo, los estados europeos, y por ende, la Unión Europea, están llevando a cabo una apuesta importante en el campo de energías renovables. En este sentido, el Consejo de la Unión Europea adoptó el pasado 9 de octubre de 2023 la nueva Directiva sobre Fuentes de Energía Renovable¹¹, en el cual, entre otros aspectos, se prevé una agilización de los procedimientos para la concesión de permisos para los proyectos de energías renovables. En este sentido, es de interés para la tramitación de la implantación de nuevos parques eólicos que, según dispone el Artículo 16 septiés de la citada directiva¹² *hasta que se logre la neutralidad climática, los Estados miembros garantizaran que, en el procedimientos de concesión de autorizaciones, se presuma que la planificación, la construcción y la explotación de plantas de energía renovable, la conexión de dichas plantas a la red, la propia infraestructura de evacuación y los activos de almacenamiento son de interés públicos superior y contribuyen a la salud y seguridad públicas a la hora de sopesar los intereses jurídicos [...]*.

Esto tiene una influencia directa en la tramitación de la implantación de nuevos parques eólicos en nuestro territorio. Es más, la Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi¹³ dedica su Disposición Final Quinta, por el que se modifica la Ley 4/1990, de Ordenación del Territorio del País Vasco, a detallar cuestiones relativas al

¹¹ DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/10/09/renewable-energy-council-adopts-new-rules/>

¹² *Ídem*.

¹³ Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi. BOE núm. 18, de 21 de enero de 2022, pp. 6323-6416. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-951

“interés público superior”. En la misma se determina el procedimiento a seguir para la declaración de proyectos de interés superior cuya competencia corresponde al Gobierno Vasco, a propuesta del departamento competente en materia de medio ambiente. Entre otras cuestiones, los proyectos de interés público superior deben ser promovidos por la iniciativa pública, comprendiendo en ella las entidades, públicas o privadas integradas en el sector público.

Entre los principales efectos de la declaración se encuentra, en términos generales, que traerá consigo la *declaración de utilidad pública e interés social y la necesidad de urgente ocupación de los bienes y derechos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto*. (Art. 3.ter.1 Ley 4/1990). Asimismo, es reseñable, que la declaración de interés público superior, dado el excepcional interés general que conlleva que los proyectos *puedan desarrollarse en cualquier clase de suelo, con excepción del suelo no urbanizable de especial protección* (Art. 3.bis.4 Ley 4/1990). Lo que aquí se menciona nos será de interés para entender ciertos conceptos acerca de la gestión del suelo que más adelante mencionaremos.

No obstante, se ha de mencionar que no todos los proyectos de parques eólicos son considerados de interés público superior para su tramitación. Entre otras cuestiones esto se debe a que en ocasiones los proyectos no son promovidos por iniciativa pública. De hecho, es reseñable que ninguno de los parques eólicos ahora en tramitación en Euskadi es de promoción pública. Pero en este sentido, sin perjuicio de que puedan tratarse de proyectos de interés público superior o no, cierto es que la iniciativa privada puede venir imbuida de proyectos de interés público y utilidad social, esto es que a pesar de su carácter privado, contemplan retorno en la ciudadanía. No obstante, en la mayoría de los casos el objetivo consiste en comercializar la energía resultante y obtener beneficios empresariales y, a pesar de ser objetivos totalmente respetables, quedan fuera de la esfera pública, haciendo que los proyectos tengan que ser tramitados de forma ordinaria.

b) Fragmentación

No es extraño encontrarse con proyectos de parques eólicos que son fragmentados en proyectos más pequeños al fin de ser sometidos a los procedimientos de autorización por separado. Por ejemplo, algunos macroproyectos se fraccionan en proyectos más pequeños con el fin de que no sea necesaria la autorización de la Administración General del Estado (necesario para proyectos que superen los 50MW), o evitar la evaluación ambiental ordinaria. En otras ocasiones se fragmenta el parque eólico propiamente dicho de su línea de evacuación, con el fin de obtener un impacto ambiental más favorable.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha fallado en numerosas ocasiones determinando una incorrecta fragmentación de los proyectos de parques eólicos, debido a que, por las sinergias que pueden producirse entre varios proyectos sería más conveniente su tramitación conjunta.

Es ejemplo de ello la STS 768/2017, de 5 de mayo¹⁴ donde el Tribunal determinó una fragmentación indebida de 3 proyectos de parques eólicos en Castilla y León, estableciendo que debieron de ser tramitados como un único proyecto, al verse probado que [...] *los parques de Valdesamario, Espina y San Feliz tienen una evacuación conjunta en una única subestación, y debiendo señalarse también que [...] por su proximidad, podrá afirmarse que en cuanto a estos parques se ha producido la inadecuada fragmentación que se aludía.* Asimismo, la misma sentencia establece, siendo quizás lo más relevante que en realidad *hay una única decisión empresarial y un solo Proyecto, pero el mismo se fragmenta en varios, para observar ventajas en los contratos de venta de la producción y en el ocultamiento de los impactos que realmente el conjunto produce.*

Con todo ello, queda claro que la fragmentación de los proyectos es una cuestión a tener en cuenta y que requiere seguir de cerca en la tra-

¹⁴ STS de 5 de mayo de 2017, sala 3ª (Contencioso Administrativo) nº 786/2017. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/680283249> (Última consulta 3 de marzo de 2024).

mitación de nuevos proyectos de parques eólicos, para que no incurran en una fragmentación indebida. Por ejemplo, entre los proyectos eólicos que se encuentran en tramitación en Gipuzkoa, el parque eólico Buruzai se encuentra fragmentado por una parte en el propio parque y por otra su línea de evacuación¹⁵, además de encontrarse a escasa distancia de otro parque eólico en tramitación, el de Trekutz. En este sentido, en las alegaciones¹⁶ conjuntas presentadas por los municipios afectados por el PE Buruzai, los municipios manifiestan que puede existir una fragmentación incorrecta con el fin de obtener un impacto ambiental más favorable y facilitar así su tramitación.

3.2) Regulación del procedimiento para la autorización de Parques Eólicos. Decreto 115/2002, de 28 de mayo

La necesidad de regulación específica en materia de autorización de parques eólicos en Euskadi fue impulsada tras la entrada en vigor de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, el cual determinaba que la construcción y explotación de las instalaciones de producción de energía eléctrica debe estar sometida al régimen de autorización administrativa previa. Hasta la aprobación del Decreto 115/2002, de 28 de mayo, por el que se regula el procedimiento para la autorización de

¹⁵ ANUNCIO de 4 de diciembre de 2023, del Delegado Territorial de Administración Industrial de Gipuzkoa, por el que se someten a Información Pública las solicitudes de Autorización Administrativa Previa y Declaración de Impacto Ambiental del proyecto «Parque eólico Buruzai» (20 MW), así como sus infraestructuras asociadas, en los términos municipales de Azkoitia, Azpeitia, Ezkio-Itsaso y Zumarraga (Gipuzkoa). Disponible en: <https://www.euskadi.eus/parque-eolico-buruzai-es/web01-a2energi/es/> (Última consulta 16 de abril de 2024).

¹⁶ “Alegaciones al Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental correspondiente al Parque eólico Buruzai, así como sus infraestructuras asociadas, en los términos municipales de Azkoitia, Azpeitia, Ezkio-Itsaso y Zumarraga” – Documento obtenido a través de fuente primaria.

las instalaciones de producción de energía eólica a través de los parques eólicos en la CAPV, no existía un procedimiento específico para la tramitación de dichas solicitudes en Euskadi, por lo que el decreto que a continuación analizaremos nació con la idea de cubrir el vacío normativo que existía hasta su entrada en vigor en lo que respectaba a la tramitación de parques eólicos en Euskadi¹⁷.

No obstante, como destaca LASAGABASTER en su estudio “Ordenación del territorio, evaluación ambiental estratégica y planificación de parques eólicos”¹⁸, este decreto renuncia a una regulación completa de la instalación de parques, ya que las normas en ella establecidas solamente resultan aplicables a determinados parques eólicos, más concretamente a aquellos en los que la potencia que se pretenda instalar sea igual o superior a 500kW e inferior a 50MW, siendo el resto de instalaciones eólicas reguladas por la Ley 54/1997, y por tanto, de tramitación estatal y no autonómica.

Dicho lo anterior, dentro del ámbito de aplicación del citado decreto, y según dispone el Capítulo II (artículos 3-11)¹⁹ del mismo, los parques eólicos que se pretendan instalar en Euskadi, cuya autorización administrativa dependa del Gobierno Vasco, han de seguir el procedimiento que seguidamente se resume:

¹⁷ Decreto 115/2002, de 28 de mayo por el que se regula el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de Parques Eólicos, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV núm. 108 de 10 de junio de 2002.

¹⁸ LASAGABASTER HERRARTE, I. “Ordenación del territorio, evaluación ambiental estratégica y planificación de parques eólicos”. En: *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*. 2016. ISBN 978-84-9123-071-7, pp. 91-116.

¹⁹ Decreto 115/2002..., *op. cit.*, p. 10.

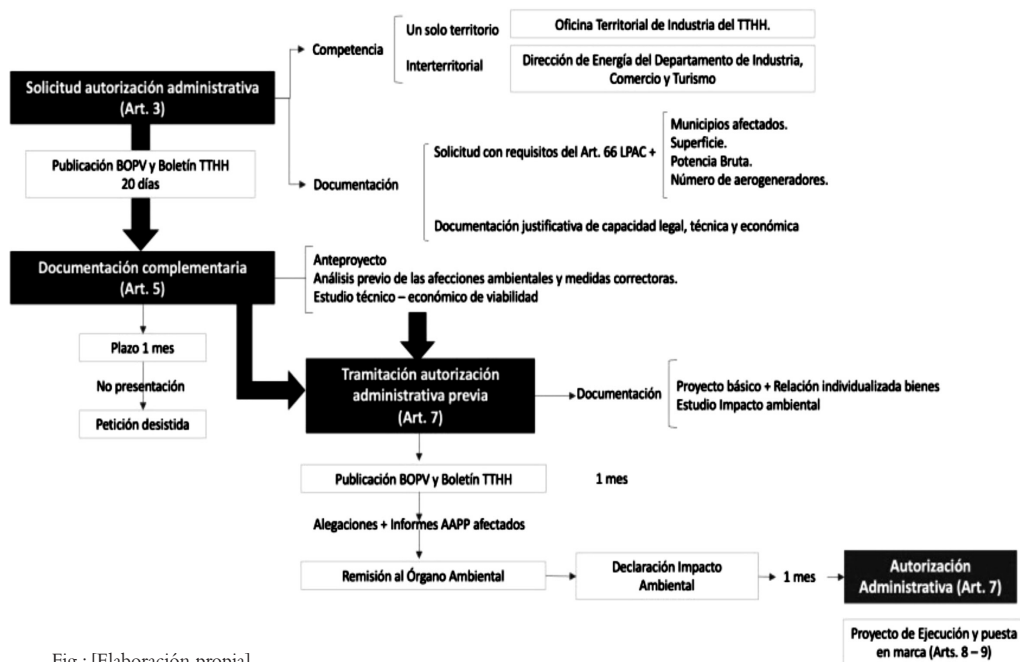


Fig.: [Elaboración propia]

3.3) Impacto ambiental y su justificación. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; y Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi

Tal y como se ha mencionado en apartados anteriores del presente documento, la evaluación ambiental cobra especial importancia en la tramitación de la implantación de los parques eólicos. En efecto, según establece el Decreto 115/2002 analizado en el apartado anterior, es uno de los principales fundamentos de la tramitación, ya que, la autorización administrativa depende, en gran medida, de ello.

La especial importancia de la evaluación ambiental se basa en el hecho de que los parques eólicos suelen ubicarse, principalmente, en em-

plazamientos singulares, caracterizados en ocasiones de topografía, vegetación, ecosistemas y fauna de alto valor ecológico, siendo zonas que, en muchas ocasiones disfrutan de elementos especialmente protegidos o patrimonio paisajístico²⁰.

En el caso de los parques eólicos, es esencial que la evaluación del impacto ambiental refleje el impacto de todo el ciclo de vida de la instalación que se pretende efectuar, , tanto la construcción, como la explotación y el desmantelamiento del parque. Todo este proceso altera, de una forma u otra el medio ambiente, y debe de ser objeto de análisis previa a la aprobación de cualquier proyecto.

Entrando en la evaluación de impacto ambiental en sí mismo, ésta debe analizar cada uno de los impactos sobre elementos naturales o paisajísticos, estableciendo, en definitiva y según establece el Anexo VI de la Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental, para cada uno ellos un impacto compatible, esto es, aquel cuya recuperación es inmediata sin precisar medidas preventivas o correctoras; moderado, que requiere de medidas preventivas o correctoras sin que éstas sean intensivas; severo, donde incluso con medidas preventivas o correctoras la recuperación precisa de un período de tiempo dilatado o el impacto crítico, esto es, aquel cuya magnitud es superior al umbral aceptable, produciéndose una pérdida permanente de la calidad de las condiciones ambientales²¹.

Inicialmente, la incidencia en el medio ambiente de los parques eólicos no resulta tan distinta a otras infraestructuras de carácter similar, como puede ser la construcción de viales o antenas. Básicamente, la Evaluación de Impacto Ambiental implica una introspección en el futuro,

²⁰ CSIC – UNIVERSIDAD DE GRANADA. “Recomendaciones para la Evaluación de Parques Eólicos en Andalucía”, 2017.

²¹ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2013.

con un grado de incertidumbre respecto de las estimaciones sobre los efectos que un proyecto pueda plantear.

No obstante, la realización de una adecuada evaluación ambiental y asimismo un correcto balance de los intereses involucrados es, en ocasiones tarea difícil. Como hemos expuesto anteriormente, la Jurisprudencia Europea ha manifestado que el funcionamiento de los parques eólicos redundaría en el interés general, en la medida en que es una fuente de energía que contribuye al desarrollo sostenible y a la protección del medio ambiente²².

Todo ello ha generado un mayor conflicto sobre cuestiones tan relevantes como si se debe actuar con mayor laxitud a la hora de evaluar el impacto ambiental de los parques eólicos. Tal y como establece GARCÍA URETA, implica un balance de intereses que pueden estar en conflicto. La protección del ambiente y la necesidad de abastecimiento energético. No obstante, a día de hoy sigue estando bastante claro que el criterio de la sostenibilidad del desarrollo es clave, pues las fuentes de energía renovable deben garantizar a su vez la protección de especies y áreas de particular sensibilidad²³.

La jurisprudencia también apoya lo dispuesto por la doctrina en este aspecto. Según dispone la STC 69/2013, todo proyecto, con independencia de su titularidad pública o privada, o incluso de su naturaleza *res*

²² Fåggerskiöld v. Suecia, decisión sobre la admisibilidad de 26 de febrero de 2008, demanda 37664/04. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que las energías renovables son un “desiderátum”; sentencia de 24 de junio de 2011, recurso 133/2009.

²³ GARCÍA URETA, A. “Evaluación de impacto ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, red natura 2000 y aspectos procedimentales”. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 2014, pp. 7-44. Disponible en: <https://app-vlex-com.proxy-oceano.deusto.es/#search/jurisdictions:ES/evaluación+impacto+ambiental+parques+eólicos/vid/542569550> (Última consulta 17 de marzo de 2024).

nullius, queda vinculado al interés general, con la finalidad de garantizar la restauración y conservación de las especies y del medio ambiente²⁴.

Por tanto, no cabe duda alguna acerca de la importancia y la necesidad de una correcta evaluación de impacto ambiental en el seno de la tramitación de los parques eólicos. Se debe hacer especial énfasis en que mediante la evaluación ambiental debe contemplar el impacto desde la construcción del parque hasta la desmantelación del mismo, esto es, todos los posibles impactos que pueda haber a lo largo de toda la vida útil del proyecto. El análisis de la Evaluación de Impacto Ambiental podría dar para un estudio en sí mismo, pero dada limitada extensión del presente trabajo, nos centramos en sus principales aspectos y problemáticas.

En relación a la fragmentación de los proyectos de parques eólicos que se ha analizado en el apartado III.1.b) de este trabajo, la misma suele ser una de las posibles vías de escape para conseguir una evaluación ambiental más favorable, siendo este uno de los principales problemas. Principalmente, si se fragmenta un proyecto en varios de carácter más pequeño o menos invasivo, y si se analiza el impacto ambiental de cada uno de ellos, su evaluación será, en definitiva, más favorable, al no tener en cuenta el efecto acumulativo de los impactos. En este sentido, la jurisprudencia cuestiona la fragmentación de los parques eólicos, y determina que no han de ser consideradas unitariamente en sí mismas, sino también en relación de otras actuaciones que sea inherentes a ellas. Ejemplo de ello es la Sentencia del TSJ de Castilla y León²⁵ donde se planteó la fragmentación de un parque eólico, sin tener en cuenta la red de transporte de energía eléctrica ni los 18 parques eólicos que se estaban tramitando en un radio de 10 kilómetros. En este sentido, la sentencia concluyó que, a efectos Estudio de Impacto Ambiental se han de tener en cuenta

²⁴ STC de 14 de marzo de 2013, núm 69/2013.

²⁵ STSJCL de 10 de junio de 2009, rec. núm. 767/2008.

los efectos sinérgicos y acumulativos de las instalaciones, sean nuevas o existentes.

GARCÍA URETA también establece en su artículo²⁶ que la orografía y el entorno adquieren una gran importancia a la hora de determinar la extensión de la evaluación de impacto ambiental y evitar la concusión de una fragmentación fraudulenta.

A modo de conclusión, y en la misma línea que han establecido la doctrina y la jurisprudencia²⁷, sin perjuicio del interés general o público que puedan tener los parques eólicos, se aprecia en la jurisprudencia un desequilibrio a favor del entorno natural cuando se produce un conflicto de intereses, ya que se ha venido requiriendo continuamente una evaluación de impacto ambiental lo más extensiva posible, si bien es cierto que ello alarga la tramitación de los proyectos.

3.4) La gestión del suelo en la tramitación de parques eólicos: Alcance municipal y supramunicipal

La gestión del suelo es uno de los principales puntos a tener en cuenta a la hora de estudiar la tramitación de los parques eólicos. Por lo que a la misma respecta, se ha de tener en cuenta, por una parte, que las instalaciones que conforman el parque eólico tienen que ser compatibles con los usos dispuestos por el planeamiento municipal del municipio afectado; pero además, se puede dar la situación donde un parque eólico afecta a varios municipios.

²⁶ GARCÍA URETA, A. “Evaluación Impacto Ambiental y proyectos de parques eólicos”, *op. cit.*, p. 13.

²⁷ STC 69/2013: La sentencia reconoce la prioritaria atención que merece la protección del medio ambiente, en su dimensión específica de protección del patrimonio natural y de la biodiversidad.

Por ello, se analiza la gestión del suelo teniendo en cuenta el alcance municipal en primer lugar, y derivado de ello, el alcance supramunicipal:

a) *Alcance municipal: Planeamientos de Ordenación Urbana*

No se puede pasar por alto que los parques eólicos, como cualquier otra edificación o instalación que se pretende hacer en un municipio, tiene que ser acorde a las disposiciones del planeamiento urbanístico de dicho municipio. En este sentido, el Plan General de Ordenación Urbana constituye, a nivel municipal, el instrumento más importante de la ordenación territorial municipal, dado que su contenido engloba la totalidad del municipio, recogiendo todas las medidas para diseñar, organizar, planificar y ordenar el suelo de un municipio²⁸.

En términos generales, se trata de un instrumento que lleva a cabo la planificación del suelo mediante la clasificación del mismo, y establece el régimen aplicable a cada clase de suelo. No existe duda en la doctrina de la fuerza jurídica de estos planes, y su aplicación imperativa dentro de los límites de cada municipio²⁹.

Dada la naturaleza de los parques eólicos, su implantación se suele proyectar en suelo no urbanizable, esto es, suelo que generalmente se destina a fines agrícolas, forestales y, en general a aquellos fines vinculados a la utilización racional de los recursos naturales³⁰.

²⁸ ADMINISTRATIVANDO ABOGADOS “¿Qué es un PGOU?”, noviembre 2022. Disponible en: <https://administrativando.es/plan-general-de-ordenacion-urbana/>

²⁹ BAÑO LEÓN, J.M. “La obsolescencia de la idea del Plan General”. *REALA*. 2020, pp. 6-21. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/download/10782/11740?inline=1>

³⁰ Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. BOE núm. 266 de 4 noviembre de 2011. Art. 28.

Como indica ORTEGA BERNARDO en su publicación “Intervención local en la implantación de parques eólicos”, en la medida en que las instalaciones de los parques eólicos, sean aerogeneradores, instalaciones de transformación, transporte o evacuación de la energía, pretendan ser instalados en suelo no urbanizable de un determinado término municipal, el uso del mismo tiene que estar previsto en el planeamiento municipal³¹.

En definitiva, en pocas palabras se puede decir que lo más relevante es que se ha de tener en consideración los suelos donde se pretenda instalar el proyecto admitan el uso del mismo.

Cabe matizar no obstante que, en relación a lo que se ha dispuesto en el presente documento sobre al interés público superior, si el proyecto se declara de éste tipo, según lo dispuesto por la DF5^a de la Ley 10/2021³², podrá desarrollarse en cualquier tipo de suelo, aun cuando estos no permitan el uso específico de parques eólicos. A esto hay que añadirle la excepción de aquellos suelos de especial protección, donde no se permite el uso al que nos referimos ni por la vía del interés público superior.

i) Especial mención a las incompatibilidades con suelos no urbanizables de especial protección

Los suelos de especial protección son merecedoras de un análisis individual, por breve que sea, debido a que reciben un tratamiento diferente. Se trata de áreas designadas donde se aplican regulaciones específicas para conservar, proteger o gestionar de manera adecuada los recursos natura-

³¹ ORTEGA BERNARDO, J. “Intervención local en la implantación de parques eólicos. Reflexiones a partir de las últimas novedades adoptadas en este sector con el objetivo de simplificación del procedimiento administrativo”. *Fundación Democracia y Gobierno Local*. 2020, pp. 137 a 151. https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/704/qdl23_12_est09_ortega.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³² Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi. BOE núm. 262 de 31 de diciembre de 2011. Disposición Final 5^a.

les, culturales o patrimoniales. No se deben confundir éstos con las zonas de especial protección de especies (aves...), debido a que, mientras en los primeros no se autoriza la implantación de usos que puedan dañar el patrimonio (ej. parques eólicos), en los segundos sí que pueden ser autorizables, siempre y cuando se garanticen ciertas medidas de prevención, así como de protección.

En el presente apartado, analizaremos el caso de los suelos de especial protección:

Como hemos visto anteriormente, incluso aun cuando se trate de un proyecto de interés público superior, este tipo de suelos tienen un tratamiento prioritario, y prevalece su uso y protección sobre cualquier actuación urbanística. Así disponen, por ejemplo, la anteriormente mencionada DF 5ª de la Ley 10/2021, los propios planeamientos municipales, así como ya consolidada jurisprudencia al respecto.

En este sentido, la sonada y posteriormente citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de abril de 2011³³ confirma que, en aquellos casos en los que el planeamiento municipal califique unos terrenos como no urbanizables de especial protección, no cabe la autorización de instalaciones de energías renovables. Asimismo, matiza la sentencia que, si bien el legislador estatal como los autonómicos autorizan la posibilidad de que el suelo no urbanizable pueda destinarse a otros usos más allá de los fines que le corresponde conforme a su propia naturaleza, esto es, caben usos más allá del uso rural; los suelos de especial protección devienen inatacables y no cabe autorización de otros usos.

El tratamiento diferenciado que reciben este tipo de suelos es de gran importancia, siendo merecedor de la matización que se está haciendo en

³³ STSJ Extremadura, de 28 de abril de 2011, núm. 347/2011. Disponible en: https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1051762&popup=

el presente apartado. No son pocas las ocasiones en los que los anteproyectos o los proyectos básicos de un parque eólico afecten, en su totalidad o en parte, a suelos no urbanizables de especial protección, como por ejemplo estaciones megalíticas, zonas forestales protegidas... debido a su ubicación, en ocasiones, estratégica para la instalación de parques eólicos.

b) *Alcance supramunicipal: PTS de la Energía Eólica en la CAPV y Planes Territoriales Parciales*

Es habitual que un parque eólico afecte a varios municipios de un mismo territorio (incluso se dan casos donde un parque afecta a varios territorios, como es el caso del parque eólico de Urkilla, que se encuentra en los territorios de Álava y Gipuzkoa), esto es, que sean proyectos de carácter supramunicipal. Esta cuestión complica aún más la —ya complicada en sí misma— tramitación de los proyectos de parques eólicos.

El propio Tribunal Supremo establece en la reconocida STS de 31 de octubre de 1984³⁴, que las grandes obras que excedan del ámbito del urbanismo local, y en definitiva, afectan a una mayor extensión que el territorio local, no deben quedar limitadas a los intereses locales, ni, por tanto, a la normativa municipal en términos urbanísticos, por lo que la tramitación de este tipo de proyectos va más allá.

Como hemos visto anteriormente, se ha de tener en cuenta lo dispuesto por el planeamiento municipal con el fin de establecer qué, dónde y cómo se puede hacer, dependiendo de la calificación que tenga el suelo y los usos permitidos en cada una de ellas. Ahora bien, al tratarse de proyectos de alcance supramunicipal, se ha de valorar lo dispuesto por los Planes Territoriales, siendo estos instrumentos de planeamiento que tienen por objeto la planificación y la ordenación del territorio en

³⁴ STS 31 octubre 1984.

ámbitos supramunicipales³⁵. Podemos distinguir, en lo que nos concierne en términos del presente trabajo, entre los Planes Territoriales Sectoriales (PTS), esto es, aquellos planes elaborados por los departamentos o entes competentes del Gobierno Vasco o Diputaciones Forales con competencias de incidencia territorial, mediante los cuales se desarrollan las Directrices de Ordenación Territorial (DOT) correspondientes a sectores concretos³⁶; y los Planes Territoriales Parciales (PTP), siendo estos los instrumentos de ordenación que definen la ordenación en un conjunto de municipios, denominado Área Funcional³⁷. Cabe matizar que estos planes tienen un carácter superior a los planeamientos municipales por lo que los PGOUs de cada municipio deben respetar lo dispuesto por éstos.

En este sentido, y con el fin de dar una respuesta efectiva a la problemática que puede suponer la incidencia supramunicipal en la tramitación de parques eólicos, debemos tener en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto por el PTS de la Energía Eólica en la CAPV. Es el instrumento que da respuesta a los aspectos urbanísticos y medioambientales y los requerimientos que de ellos se derivan en términos de la implantación de parques eólicos, y selecciona los emplazamientos eólicos más idóneos

³⁵ DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA. “Ordenación Territorial, Planes Territoriales”. Disponible en: <https://web.araba.eus/es/urbanismo/ordenacion-territorial#:~:text=Los%20Planes%20Territoriales%20Parciales%20son,la%20concreción%20del%20modelo%20territorial> (Última consulta 10 de abril de 2024).

³⁶ GOBIERNO VASCO. “Plan Territorial Sectorial”. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/planeamiento-territorial-sectorial/web01-a2lurral/es/> (Última consulta 10 de abril de 2024).

³⁷ DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA. “¿En qué consiste un Plan Territorial Parcial?” Disponible en: https://www.bizkaia.eus/es/tema-plantilla/-/edukia/pl/10130/hirigintza/lurralde-kozatiegitasmoa/en_que_consiste.asp%5Binterrogacion%5Didioma=CA&Tem_Codigo=10130#:~:text=¿Qué%20es%20un%20Plan%20Territorial,de%20municipios%20con%20características%20diferentes (Última consulta 10 de abril de 2024).

para su instauración³⁸. Aunque es cierto que puede que este instrumento haya quedado obsoleto dado que fue aprobado definitivamente en el 2002 y desde entonces, la situación al respecto haya cambiado considerablemente además de que recientemente se ha aprobado inicialmente el PTS de Energías Renovables, el citado Plan contiene disposiciones que son relevantes y de especial interés para dar respuesta y ordenar las cuestiones que pueda presentar el carácter supramunicipal de los proyectos.

En primer lugar, cabe destacar que según dispone el artículo 2.1 del PTS constituyen el ámbito material del mismo los parques eólicos que cuenten con más de ocho aerogeneradores y tengan asimismo instalada una potencia superior a 10MW³⁹. Asimismo, el alcance de sus determinaciones (art. 7) se extiende a los emplazamientos seleccionados en la Disposición Adicional Segunda del Plan. Esto es, para dichos emplazamientos, donde en tres de ellos ya se ha llegado a construir un parque eólico, no precisará de más instrumento de desarrollo o especificación que la tramitación regulada en el mismo.

En definitiva, y según dispone el propio PTS en su artículo 3, el documento constituye un instrumento cuya finalidad es la de proporcionar y garantizar la coordinación de donde los proyectos están caracterizados por su marcada índole territorial y alcance supramunicipal.

No obstante lo anterior, y si bien es cierto que el PTS tiene como objetivo conseguir una mayor coordinación, el mismo PTS, en el párrafo segundo del artículo 2.3. remite al planeamiento municipal para aquellos supuesto en los que el proyecto no se plantee en una ubicación referida como preferente o prioritaria por al Disposición Adicional Segunda.

³⁸ PTS de la Energía Eólica en la CAPV. Documento I – Memoria.

³⁹ PTS de la Energía Eólica en la CAPV. Art. 2.

Teniendo en cuenta, por tanto, que la mayoría de los proyectos planeados actualmente no se encuentran en dichos emplazamientos preferentes, el PTS tampoco otorga una seguridad jurídica sólida y uniforme para los problemas que se puedan plantear.

Lo mismo ocurre si acogemos a lo dispuesto por los Planes Territoriales Parciales. Sea cual sea el área funcional escogida, los PTP no entran a valorar si tienen cabida los parques eólicos, siendo, en la mayoría de las ocasiones una cuestión a precisar por el planeamiento municipal.

Podemos afirmar, en definitiva, que no hay cobertura jurídico – urbanística para dar respuesta la problemática que pueda suponer el alcance supramunicipal de los parques eólicos. En este sentido, al no contar con una cobertura específica y ser remitidos continuamente al planeamiento municipal, el presente trabajo plantea la siguiente reflexión:

ii. Reflexión acerca de la necesidad de la elaboración de Planes Especiales o Planes de Compatibilización para solventar el problema del alcance supramunicipal

Los Planes Especiales son instrumentos para el desarrollo de los Planes Generales, o Territoriales que tienen por objeto la ordenación de elementos específicos en un ámbito territorial determinado, esto es, desarrollan lo dispuesto por otros planes a los que se subordina para el establecimiento de las ordenaciones sectoriales⁴⁰.

Dichos planes permiten una regulación sectorial de determinados elementos o aspectos relevantes de un ámbito territorial determinado, abordando un ámbito territorial desde un sector concreto, su foco de actuación se centra en uno o varios aspectos del territorio en cuestión,

⁴⁰ PALOMAR, A.; FUERTES, J. “Planes Especiales”. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/845805325> (Última consulta 14 de abril de 2024).

sin dar un tratamiento global al mismo⁴¹. Si bien es cierto que los Planes Especiales no pueden desplazar o sustituir a los Planes Territoriales o Municipales de carácter más general o amplio, sí que pueden desarrollarlo, es más, con carácter general pueden calificar el suelo mediante el establecimiento de usos y limitaciones en el mismo⁴². A pesar de que la elaboración de un Plan Especial para cada proyecto de parque eólico que se pretenda aprobar dilataría mucho su tramitación, quizás sea, una forma para dar solución a la problemática que supone el alcance supramunicipal de los parques eólicos, unificando criterios mediante planes de este tipo.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente se quiere hacer una breve mención a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, el cual establece una obligatoriedad de redacción de un Plan de Compatibilización cuando las características y necesidades del desarrollo en las zonas limítrofes de varios términos municipales hagan necesario coordinar la ordenación de los planeamientos municipales afectados⁴³. Es un aspecto que subrayar y a tener en cuenta, sobre todo teniendo en cuenta la importancia que pueda tener una unificación de criterios de los planeamientos municipales de cara a la tramitación de un parque eólico de índole supramunicipal. En este sentido, este trabajo critica que, teniendo en cuenta que el Gobierno Vasco es competente en materia de aprobación de los proyectos a los que nos referimos, no solicite para su tramitación aquellos proyectos con alcance supramunicipal, la elaboración de ningún Plan Especial o Plan de Compatibilización aun cuando, por lo que respecta a éste último, la Ley del Suelo establezca una

⁴¹ “Planes especiales en derecho urbanístico”. *La Ley*. Disponible en: <https://acortar.link/y6C28Z> (Última consulta 14 de abril de 2024).

⁴² *Idem*.

⁴³ Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. BOE núm. 266 de 4 noviembre de 2011. Art. 63.

obligatoriedad⁴⁴. Por tanto, se podría plantear la necesidad de elaborar estos planes como requisito necesario previo a la implantación de parques eólicos.

3.5) Nuevo campo normativo:

a) *Ley Vasca de Cambio Climático*

En una realidad tan dinámica y cambiante como la que se inmersa la sociedad actualmente, la crisis climática y la necesidad de energías renovables han creado una necesidad de un nuevo campo normativo. En este sentido, y en lo que al objeto del presente trabajo respecta, el Parlamento Vasco ha aprobado recientemente la Ley 1/2024, de 8 de febrero, de Transición Energética y Cambio Climático del País Vasco.

Teniendo como objetivo alcanzar la neutralidad en la emisión de gases de efecto invernadero en 2050, se pretende fomentar la descarbonización de la energía y la transición a una economía circular, estableciendo objetivos intermedios para el 2030 y 2040⁴⁵. En términos generales, la ley incorpora medidas y objetivos para la transición energética y cambio climático, incorpora medidas para luchar contra la pobreza energética incluso pretende desarrollar una especie de hoja de ruta⁴⁶.

Con el fin de disponer de un modelo territorial y una sociedad resiliente al cambio climático, la recién aprobada ley impone una serie de

⁴⁴ PALOMAR, A.; FUERTES, J. “Planes Especiales”. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/845805325>

⁴⁵ NOTICIAS JURÍDICAS. “Ley 1/2024: El País Vasco establece un marco jurídico estable para alcanzar la neutralidad climática en el año 2050”. Febrero 2024. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/legislacion-destacada/normativa/18827-ley-1-2024:-el-pais-vasco-establece-un-marco-juridico-estable-para-alcanzar-la-neutralidad-climatica-en-el-ano-2050/>

⁴⁶ *Idem*.

medidas relacionadas con las instalaciones de energías renovables, la protección del territorio y la gestión de recursos⁴⁷.

Entre otros aspectos, dicha ley pretende impulsar el despliegue de la energía eólica y fotovoltaica en el territorio vasco. Establece una necesidad de coordinación interna en el seno de la Administración Autonómica, Territorial y Municipal de la CAPV, en términos de agilizar la implantación de nuevas instalaciones de energías renovables.

Tal y como expuso la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente del Gobierno Vasco, Arantxa Tapia, en el seno de la presentación de la nueva ley, *hay que hacer frente al reto de concienciar a la ciudadanía de la necesidad de arrimar el hombro para fomentar las renovables. La ley puede facilitar la puesta en marcha de proyectos de renovables; ya que da la base para avanzar un poco más rápido.*

Como uno de los puntos más relevantes de la citada ley, a partir de la entrada en vigor de la misma, aquellos proyectos de energías renovables que sean promovidos por empresas privadas, deberán ofrecer, como mínimo, un 20% de la potencia total del proyecto a la ciudadanía y a las industrias y comercios de los municipios donde se ubique el parque eólico o fotovoltaico⁴⁸. Esta medida ha sido aplaudida no solo por los municipios, sino también por las empresas promotoras de parques eólicos, debido a que puede incidir en una mayor y mejor aceptación de los parques eólicos entre la ciudadanía.

Otro de los puntos relevantes de la ley recae en el nuevo cánón de las energías renovables. Aquellos proyectos de instalaciones en suelo no

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Ley 1/2021, de 8 de febrero, de Transición Ecológica y Cambio Climático. BOPV núm. 38 de 8 de febrero de 2024. Art. 27.

urbanizable quedarán afectos a un canon⁴⁹ que tendrá como destino la conservación, reposición y restauración del medio ambiente producidos por la implementación de dichas instalaciones⁵⁰. La cuantía dependerá del número de aerogeneradores y la potencia unitaria instalada en los parques, y se contempla como un impuesto directo con carácter compensatorio. Con esta medida se minoran las afecciones que puedan tener las instalaciones energéticas sobre el medio ambiente o, mejor dicho, facilitar la restauración del mismo.

En definitiva, a pesar de que la ley, en su conjunto, pretende establecer acciones para lograr la neutralidad climática en el 2050, los preceptos anteriormente citados tienen como objetivo, además de promover nuevas instalaciones de energías renovables, sean eólicas o fotovoltaicas, conseguir una mayor aceptación de las mismas entre la ciudadanía, lograr una mayor cohesión social y garantizar que los habitantes de los municipios afectados por los proyectos tengan cierto beneficio directo derivado de la generación de la energía.

b) PTS de las Energías Renovables

Tal y como se ha mencionado anteriormente, PTS de la Energía Eólica de Euskadi, actualmente en vigor, refleja, y da solución a las necesidades de una sociedad de principios del siglo XXI. Debido al avance de la sociedad hacia unas energías más verdes y el reto de la descarbonización para hacer frente al cambio climático, la situación ha cambiado sustancialmente, por lo que el PTS en cuestión ha quedado extemporáneo.

⁴⁹ Ley 1/2021, de 8 de febrero, de Transición Ecológica y Cambio Climático. BOPV núm. 38 de 8 de febrero de 2024. Art. 65.

⁵⁰ Ley 1/2021, de 8 de febrero, de Transición Ecológica y Cambio Climático. BOPV núm. 38 de 8 de febrero de 2024. Art. 73.

Tal y como se ha expuesto en diversos apartados del presente trabajo, la creciente conciencia sobre los efectos del cambio climático se ha materializado en la aprobación de una sucesión de normas, documentos estratégicos y de planificación en el ámbito estratégico y medioambiental, estableciendo como objetivo la importancia de fomentar las fuentes de energía de origen renovable. Son claros ejemplos de ello, por ejemplo, el Plan de Estratégica Energética de Euskadi 2023, así como la Ley 1/2024, de Transición Energética y Cambio Climático de Euskadi.

En este contexto, y sobre todo en el marco del carácter supramunicipal de las instalaciones de energía eólica y la necesidad de que los planeamientos municipales se adecuen a los planes sectoriales, se encuentra en tramitación (aprobado inicialmente) el nuevo PTS de las Energías Renovables en Euskadi.

El documento en cuestión aborda más allá de la energía eólica, esto es, establece marcos de actuación para todo tipo de energías renovables (eólica, fotovoltaica, oceánica, biomasa, geotérmica, minihidráulica y solar térmica)⁵¹. No obstante en lo que a la energía eólica respecta, hace un análisis de la situación actual, establece varios supuestos escenarios posibles futuros⁵², y establece, en términos generales, lo siguiente:

Uno de los principales aspectos del nuevo PTS es el establecimiento de nuevas ubicaciones estratégicas susceptibles de instalar parques ólicos. En este sentido, fija 19 posibles localizaciones en Álava, 26 en Bizkaia y

⁵¹ GOBIERNO VASCO. “Proceso para la elaboración del PTS de las Energías Renovables en Euskadi. Diciembre 2023. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/proceso-para-la-elaboracion-del-plan-territorial-sectorial-de-las-energias-renovables-en-euskadi/web01-a2energi/es/> (Última consulta 16 de abril de 2024).

⁵² GOBIERNO VASCO. “PTS de Energías Renovables en Euskadi – Documento para la Aprobación Inicial”. P.39. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/proceso_elaboracion_ptser/e_def/adjuntos/INICIAL_DOC-1-MEMORIA.pdf (Última consulta 16 de abril de 2024).

12 en Gipuzkoa, repartidos en un total de 57 municipios⁵³. En contraposición, el texto prohíbe⁵⁴ este tipo de instalaciones en parques y monumentos naturales, zonas de patrimonio cultural o las reservas naturales entre otros, entre los cuales destacan Gorbeia, Urdaibai y Artikutza.

Si bien es cierto que el texto da respuesta a muchas de las manifestaciones que se han hecho a lo largo de los años con el fin de mejorar la ordenación de las instalaciones de energías renovables y cubre muchas de las lagunas que existían, no se han de pasar por alto, las alegaciones que han presentado, en el marco de la participación ciudadana, organizaciones ecologistas, sociales y de varios ayuntamientos. En total, suman más de 4.000 alegaciones entre los cuales se plantean medidas de mayor protección para las zonas de especial protección y se insiste en que el PTS se sigue basando en un modelo basando en el modelo actual de grandes proyectos que se debe cambiar⁵⁵.

IV. REFLEXIONES

Si bien el presente trabajo podría concluirse con reflexiones de diverso tipo, a continuación se exponen aquellas que se consideran más relevantes en cuanto al contenido e hilo principal de la materia estudiada.

⁵³ GOBIERNO VASCO. “PTS de Energías Renovables en Euskadi – Normas de Aplicación”. Arts. 20 y 21. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/proceso_elaboracion_ptseres/es_def/adjuntos/INICIAL-DOC-2-NORMAS-APLICACION.pdf (Última consulta 16 de abril de 2024).

⁵⁴ GOBIERNO VASCO. “PTS de Energías Renovables en Euskadi – Normas de Aplicación”. Art. 16. Disponible en: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/proceso_elaboracion_ptseres/es_def/adjuntos/INICIAL-DOC-2-NORMAS-APLICACION.pdf Artículo 16 (Última consulta 16 de abril de 2024).

⁵⁵ ECOLOGISTAS EN ACCIÓN. “Presentan 27 alegaciones al PTS de energías renovables”. Disponible en <https://www.ecologistasenaccion.org/297750/presentan-27-alegaciones-al-plan-territorial-sectorial-de-energias-renovables/> (Última consulta 18 de abril de 2024).

4.1) Sobre la necesidad de las AAPP de motivar adecuadamente las calificaciones de interés público superior

Quizás uno de los aspectos más relevantes a la hora de marcar el curso de un procedimiento de implantación de un nuevo parque eólico sea la determinación o no de interés público superior del proyecto en cuestión.

En este sentido, y teniendo en cuenta todo lo dispuesto en el presente trabajo en relación al interés público superior, se considera de extrema importancia que las Administraciones Públicas competentes motiven adecuadamente las calificaciones de interés público o superior. Si bien es cierto que dicha calificación se lleva a cabo de forma individualizada por cada solicitud, quizás se debería de implementar un procedimiento para ello, sobre todo con el fin de evitar incurrir en cualquier tipo de arbitrariedad por parte de la administración.

En relación al artículo 9.3 CE que garantiza, entre otros, los principios de legalidad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, así como con el artículo 106.1 CE, que de cuya interpretación se puede determinar que la actuación administrativa debe estar suficientemente justificada y ajustada a la legalidad; se puede establecer que no debería bastar con una mera declaración política del interés, si no que éste debe razonarse en base a motivaciones ambientales, técnicas, sociales y económicas.

Esto es, antes de determinar el interés público superior de un proyecto, la Administración debería analizar y evacuar los informes pertinentes en diversas materias, que, por lo general, y según se ha expuesto en el presente trabajo, se suelen llevar a cabo en momentos posteriores de la tramitación.

4.2) Sobre el procedimiento de implantación de nuevos parques eólicos en la CAPV

A modo de reflexión del apartado más central del trabajo no cabe duda sobre la necesidad de encontrar un equilibrio entre la implantación de las energías renovables y el desarrollo económico que ello conlleva con la protección del medio ambiente y una adecuada gestión del suelo.

a) Aspectos medioambientales

Se debe recalcar la importancia de considerar el impacto ambiental de un proyecto a lo largo de todo su ciclo de vida y garantizar la protección de los ecosistemas. A lo largo del trabajo se ha subrayado que el equilibrio de los intereses involucrados es complejo y que debe de ser objeto de análisis individual de cada proyecto.

Es sumamente importante, asimismo, estudiar de cerca la fragmentación de los proyectos, y negarlo en el caso de que sea una estrategia para obtener evaluaciones ambientales más favorables. Y esto lo debe de hacer la Administración Pública. Una fragmentación indebida puede conllevar que el proyecto produzca efectos negativos en el medio ambiente. Con ello se plantea de igual manera la responsabilidad que pueda tener la administración de los proyectos indebidamente fragmentados.

b) Aspectos urbanísticos

Otro de los principales focos en la tramitación de los parques eólicos recae en la necesidad de una correcta gestión del suelo. En este sentido, cabe matizar que existe una necesidad, debido al alcance supramunicipal de este tipo de proyectos, de herramientas que permitan homogeneizar los planeamientos de distintos términos municipales.

Se considera que es un punto a mejorar de la actual tramitación de los parques eólicos, como se ha establecido en el apartado correspondiente,

ya que no se exige la elaboración de Planes Especiales o Planes de Compatibilización.

A modo complementario, se ha de decir que el nuevo PTS de las Energías Renovables puede ayudar a mejorar la tramitación en este aspecto.

4.3) Sobre el componente social, la participación ciudadana

Si bien es cierto que el presente trabajo no ha tratado a fondo la cuestión de la participación ciudadana, de los temas que se han tratado derivan a la reflexión acerca de este componente más social de la tramitación administrativa de los parques eólicos. En el mismo sentido que expone DEL VALLE, uno de los pilares fundamentales en la implantación de las energías renovables⁵⁶. De cierta manera, el éxito de los nuevos modelos energéticos que se pretenden implementar, dependen de la participación ciudadana, sobre todo en aquellos aspectos relacionados en el uso de recursos naturales, cohesión social o crecimiento económico.

Debido a la relevancia que tiene la participación ciudadana en todo procedimiento administrativo (así lo establecen la Constitución en su artículo 105; la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común; y la Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información de participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente), la audiencia pública cobra especial importancia, en la tramitación de los nuevos parques eólicos.

De una forma general, la reflexión que realiza este trabajo sobre el asunto recae en la importancia que tiene que la ciudadanía tenga información suficientemente clara acerca de los proyectos que se pretendan

⁵⁶ DEL VALLE, C.; PRADOS M^a J. “La participación pública en los procesos de implantación de las energías renovables en España y Portugal”. *Universidad de Sevilla*, 2022. Disponible en: https://grupo.us.es/terryer/uploads/images/Actas-Congreso-Conclusiones-AGE-VLC2019_Comunicación.pdf (Última consulta 24 de abril de 2023).

llevar a cabo. Incluso saliendo de un contenido estrictamente jurídico, la transparencia en el proceso y un acercamiento a la ciudadanía pueden ayudar a lograr esa aceptación social. En el mismo sentido, se considera conveniente que, además de la audiencia pública requerida por el procedimiento (periodo de alegaciones), los promotores, en colaboración de la Administración Pública, informen acerca del proyecto en todo el proceso, mediante reuniones abiertas, comunicaciones etc.

V. REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

5.1) Doctrina-Artículos jurídicos

BAÑO LEÓN, J.M., “La obsolescencia de la idea del Plan General”. *REALA*. 2020, pp. 6-21. Disponible en: Enlace (Última consulta 19 de abril de 2024).

DEL VALLE, C.; PRADOS M^a J., “La participación pública en los procesos de implantación de las energías renovables en España y Portugal”. *Universidad de Sevilla*, 2022. Disponible en: Enlace (Última consulta 24 de abril de 2023).

GARCÍA URETA, A., “Evaluación de impacto ambiental y proyectos de parques eólicos: balance de intereses, red natura 2000 y aspectos procedimentales”. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 2014, pp. 7-44. Disponible en: Enlace (Última consulta 17 de marzo de 2024).

LASAGABASTER HERRARTE, I., “Ordenación del territorio, evaluación ambiental estratégica y planificación de parques eólicos”. En: *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*. 2016. ISBN 978-84-9123-071-7, pp. 91-116.

ORTEGA BERNARDO, J., “Intervención local en la implantación de parques eólicos. Reflexiones a partir de las últimas novedades adoptadas en este sector con el objetivo de simplificación del procedimiento administrativo”. *Fundación Democracia y Gobierno Local*. 2020, pp. 137-151. Disponible en: Enlace (Última consulta 19 de abril de 2024).

PALOMAR, A.; FUERTES, J., “Planes Especiales”. Disponible en: Enlace (Última consulta 14 de abril de 2024).

ROCA SAGARRA, J., “Sobre el interés general y el interés público superior”. *RocaJunyent Abogados*. 23 de julio de 2020. Disponible en: Enlace (Última consulta 25 de marzo de 2024).

RODRÍGUEZ SEGURA, F. J.; FROLOGA IGNATIEVA, M., “Aceptación social de las energías renovables en Europa. *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*. 43(1) 211-236. Disponible en: Enlace (Última consulta 17 de marzo de 2024).

5.2) Legislación

a) *Legislación Europea*

DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo. Disponible en: Enlace.

b) *Estatal*

Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2013. Disponible en: Enlace.

c) *Legislación Autonómica y Sectorial*

Ley 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi. BOE núm. 18, de 21 de enero de 2022, pp. 6323-6416. Disponible en: Enlace.

Decreto 115/2002, de 28 de mayo por el que se regula el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica, a través de Parques Eólicos, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV núm. 108 de 10 de junio de 2002. Disponible en: Enlace.

Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. BOE núm. 266 de 4 noviembre de 2011. Disponible en: Enlace.

Ley 1/2021, de 8 de febrero, de Transición Ecológica y Cambio Climático. BOPV núm. 38 de 8 de febrero de 2024. Disponible en: Enlace.

d) *Planeamiento Territorial*

PTS de la Energía Eólica en la CAPV. Documento I – Memoria. Disponible en: Enlace. (Última consulta 18 de abril 2024).

PTS de la Energía Eólica en la CAPV. Documento II – Normas de Aplicación. Disponible en: Enlace. (Última consulta 18 de abril de 2024).

PTS de Energías Renovables en Euskadi – Documento para la Aprobación Inicial. Disponible en: Enlace. (Última consulta 16 de abril de 2024).

PTS de Energías Renovables en Euskadi – Normas de Aplicación. Disponible en: Enlace. (Última consulta 16 de abril de 2024).

5.3) **Jurisprudencia**

STS de 5 de mayo de 2017, sala 3ª (Contencioso Administrativo) nº 786/2017. Disponible en: Enlace. (Última consulta 3 de marzo de 2024).

Fägerskiöld v. Suecia, decisión sobre la admisibilidad de 26 de febrero de 2008, demanda 37664/04.

STSJ Cataluña de 24 de junio de 2011, recurso 133/2009

STC de 14 de marzo de 2013, núm 69/2013.

STSJ Castilla y León de 10 de junio de 2009, rec. Núm. 767/2008.

STC 69/2013: La sentencia reconoce la prioritaria atención que merece la protección del medio ambiente, en su dimensión específica de protección del patrimonio natural y de la biodiversidad.

STSJ Extremadura, de 28 de abril de 2011, núm. 347/2011. Disponible en: Enlace.

STS 31 octubre 1984.

5.4) Informes de instituciones

“Alegaciones al Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental correspondiente al Parque eólico Buruzai, así como sus infraestructuras asociadas, en los términos municipales de Azkoitia, Azpeitia, Ezkio-Itsaso y Zumarraga” – Documento obtenido a través de fuente primaria.

ANUNCIO de 4 de diciembre de 2023, del Delegado Territorial de Administración Industrial de Gipuzkoa, por el que se someten a Información Pública las solicitudes de Autorización Administrativa Previa y Declaración de Impacto Ambiental del proyecto «Parque eólico Buruzai» (20 MW), así como sus infraestructuras asociadas, en los términos municipales de Azkoitia, Azpeitia, Ezkio-Itsaso y Zumarraga (Gipuzkoa). Disponible en: Enlace. (Última consulta 16 de abril de 2024).

DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA. “Ordenación Territorial, Planes Territoriales”. Disponible en: Enlace. (Última consulta 10 de abril de 2024).

DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA. “¿En qué consiste un Plan Territorial Parcial?”. Disponible en: Enlace. (Última consulta 10 de abril de 2024).

GOBIERNO VASCO. “Plan Territorial Sectorial”. Disponible en: Enlace. (Última consulta 10 de abril de 2024).

GOBIERNO VASCO. “Proceso para la elaboración del PTS de las Energías Renovables en Euskadi. Diciembre 2023. Disponible en: Enlace. (Última consulta 16 de abril de 2024).

GOBIERNO VASCO, DPTO. DE DESARROLLO ECONÓMICO Y COMPETITIVIDAD. *Estrategia energética de Euskadi 2030*. Vitoria-Gasteiz, 2016. Disponible en: Enlace. (Última consulta 18 de abril de 2024).

IHOBE. “Inventario de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero en Euskadi” Disponible en: Enlace. (Última consulta 17 de marzo de 2024).

IKERLAN, “Una encuesta muestra el nivel de aceptación social de las comunidades energéticas en Europa”. Disponible en: Enlace. (Última consulta 18 de febrero de 2024).

MITECO. “El IPCC”. Disponible en: Enlace. (Última consulta 18 de abril de 2024).

5.5) Otros artículos difundidos en Internet

ADMINISTRATIVANDO ABOGADOS “¿Qué es un PGOU?” Noviembre 2022. Disponible en: [Enlace](#).

ECOLOGISTAS EN ACCIÓN. “Presentan 27 alegaciones al PTS de energías renovables”. Disponible en: [Enlace](#) (Última consulta 18 de abril de 2024).

LA LEY. “Planes especiales en derecho urbanístico”. Disponible en: [Enlace](#) (Última consulta 14 de abril de 2024).

NOTICIAS JURÍDICAS. “Ley 1/2024: El País Vasco establece un marco jurídico estable para alcanzar la neutralidad climática en el año 2050”. Febrero 2024. Disponible en: [Enlace](#) (Última consulta 19 de abril 2024).

VECTOR RENEWABLES “El efecto NIMBY y las energías renovables”. *Vector Renewables Trends*. Disponible en: [Enlace](#) (Última consulta 23 de marzo de 2024).

ZABALA, A. “Alegaciones conjuntas de los pueblos afectados por Buruzai”. *Noticias de Gipuzkoa*, 18 de enero de 2024. Disponible en: [Enlace](#) (Última consulta 5 de abril de 2024).

ZULIANI, F. “¿Energías verdes? No en mi jardín.” *VOXEurope*. Disponible en: [Enlace](#). (Última consulta 17 de marzo de 2024).

ANEXO I

EL PANORAMA DE LOS PARQUES EÓLICOS EN EUSKADI



Fig.: [Elaboración propia]

Eskubide historikoak eskumen-iturri gisa: analisi historikoa, doktrinala eta jurisprudentziala*

Iñaki RUIZ DE GORDEJUELA AGIRRE

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 10/12/2025

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 10/03/2026

Laburpena: Euskal Laburpena: Lan honek eskubide historikoak eskumen-iturri gisa aztertzen ditu, ikuspegi historiko, doktrinal eta jurisprudentzial batetik. 1978ko Konstituzioaren Lehenengo Xedapen Gehigarriak eskubide historikoak babestu eta onartu zituen, haien "eguneratzea" marko konstituzionalean galdatuz. Hala ere, Konstituzio Auzitegiak interpretazio murriztailea egin ohi du, eskubide historikoak eskumen-titulu autonomo gisa ukatuz. Ekonomia Ituna eta Hitzarmena dira eskubide hauen adierazle praktikoa nagusiak, foru-lurraldeei finantza-autonomia handia esleitzen dietenak. Gaur egun, oraindik eskumen ugari transferitu gabe daude, eta horrek egungo sistema juridiko-politikoarekiko mesfidantza areagotu du. Irtenbide gisa, Estatuaren eta foru-lurraldeen arteko aldebikotasun eraginkorra eta itun-printzipioa berreskuratzea proposatzen da.

Gako-hitzak: eskubide historikoak; transferitu gabeko eskumenak; Konstituzio Auzitegia.

* “Legelari gazteentzako Adrián Celaya Saria”ren X. Edizioan saritutako lana, Akademia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademiak 2025ean emana.

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

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XX. Nº 33. Enero-Diciembre, 2025, pp. 223-274
JADO Aldizkaria. Bilbo. XX. urtea. 33 zk. 2025, Urtarrila-Abendua, 223-274 or.

Los derechos históricos como fuente de jurisdicción: análisis histórico, doctrinal y jurisprudencial

Resumen: Este trabajo analiza los derechos históricos como fuente de competencia desde una perspectiva histórica, doctrinal y jurisprudencial. La Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978 ampara y reconoce los derechos históricos, exigiendo su “actualización” en el marco constitucional. Sin embargo, el TC suele hacer una interpretación restrictiva negando los derechos históricos como títulos competenciales autónomos. El Concierto Económico y el Convenio son los principales exponentes prácticos de estos derechos, que atribuyen a los territorios forales una elevada autonomía financiera. En la actualidad, aún quedan numerosas competencias sin transferir, lo que ha incrementado la desconfianza en el actual sistema jurídico-político. Como solución, se propone recuperar la bilateralidad efectiva y el principio de pacto entre el Estado y los territorios forales.

Palabras clave: derechos históricos; competencias no transferidas; Tribunal Constitucional.

Historical rights as a source of jurisdiction: historical, doctrinal and jurisprudential analysis

Abstract: This paper analyzes historical rights as a source of competence from a historical, doctrinal, and jurisprudential perspective. The First Additional Provision of the 1978 Constitution protects and recognizes historical rights, requiring their “updating” within the constitutional framework. However, the Constitutional Court (TC) often adopts a restrictive interpretation, denying historical rights as autonomous sources of competence. The Economic Agreement (Concierto Económico) and the Convention (Convenio) are the main practical examples of these rights, which grant the chartered territories (Territorios forales) a high degree of financial autonomy. Currently, numerous powers remain untransferred, which has increased distrust in the current legal and political system. As a solution, the paper proposes restoring effective bilateralism and the principle of agreement between the State and the chartered territories.

Key words: historical rights; untransferred powers; Constitutional Court.

AURKIBIDEA: LABURDUREN ZERRENDA. SARRERA. I.- BILAKAERA HISTORIKOA: 1.1) Sorreratik konstituzionalismo espainiarrera arte: eskubide historikoen jatorria; 1.2) Foruak eta Espainiako lehenengo Konstituzioak: foru-erregimenaren gain-behera; 1.3) Foru-berrintegrazioaren aldeko aldarrikapen-garaia. II.- ESKUBIDE HISTORIKOAK 1978KO ESPAINIAKO KONSTITUZIOAN, EUSKAL HERRIKO AUTONOMIA ESTATUTUAN ETA NAFARROAKO FORU HOBEKUNTZAN. III.- ESKUBIDE HISTORIKOEN EGIKARITZEA ETA JURISPRUDENTZIA ALDI AUTONOMIKOAN. IV.- ESKUBIDE HISTORIKOEN EUSKAL BIZIKIDETZA POLITIKOAN JOKA DEZAKETEN PAPERARI BURUZKO HAUSNARKETA. V.- ONDORIOAK. VI.- BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK: 6.1) Bibliografia; 6.2) Legeria: a) *Indarreko legeria*; b) *Legeria historikoa*; 6.3) Jurisprudentzia.

LABURDUREN ZERRENDA

EAE	Euskal Autonomia Erkidegoa
EAJ	Euzko Alderdi Jeltzalea
EAO	Estatuko Aldizkari Ofiziala
ed.	Edizioa
EHAA	Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkaria
EHAE	Euskal Herriaren Autonomia Estatutua
EK	Espainiako Konstituzioa
etab.	eta abar
FHL	Foru Hobekuntzaren Legea
KA	Konstituzio Auzitegia
KAE	Konstituzio Auzitegiaren Epaia
LHL	Lurralde Historikoen Legea
LXG	Lehenengo Xedapen Gehigarria
or(r).	orrialdea(k)
TAOL	Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen Legea
zk.	zenbakia
ZO	Zuzenbideko Oinarria

SARRERA

Foru Lurraldeen Eskubide Historikoak, Espainiako Erresumaren antolamendu juridikoaren esparruari dagokionez, Araba, Bizkaia, Gipuzkoa eta Nafarroari —izenak iradoki gisa— Historiaren kariaz datxezkien eskubide politikoak dira, lurraldeon eraentza instituzionalaren oinarri direlarik.

Eskubideok Erdi Aroan lurraldeetako bakoitzean errotzen eta zabal-tzen joan ziren ohiturazko arauetan dute jatorria, gerora “foruak” zeri-tzoten lege-kodeetan jaso egin zirenak. Arau hauek, Zuzenbide zibil eta penal propioa ez ezik, Zuzenbide publikoa ere eratzen zuten, lurralde hauek zeukaten autogobernuaren egikaritzea barnealdera zein kanpoal-dera definituz.

Kontuan hartu beharra dago, lehenik eta behin, harreman soziokul-tural eta linguistiko estua izan arren, politikoki lotura eskasa izan dutela haien artean orain dela denbora erlatiboki gutxira arte; XVIII. eta XIX. mendeetan jatzotako eskubide historikoen aurkako oldarraldiaren au-rrean hasi ziren, hain zuzen ere, elkarren arteko erlazioa garatzen, foruta-sunari euste aldera. Halaber, lurralde bakoitzaren antolaketa ere ezberdina zen: Araba eta Gipuzkoa Probintziak ziren; Bizkaia eta Nafarroa, aldiz, Jaurerria eta Erresuma, hurrenez hurren, burujabetza handiagoa onartzen zitzaielarik. Beraz, eskubideen bilakaera ez da homogeneousa izan.

Eskubide historikoen esanahia aldatzen joan da denboran zehar. Hala, foru-sistemak ikasi eta intepretatu dituztenen artean, Aita Moret, Aita Larramendi edo Sabin Arana azpimarra daitezke, den-denak iritzi ezber-

dinekin. Gaur egun ere, eskubide historikoak 1978ko Espainiako Konstituzioaren Lehenengo Xedapen Gehigarrian aitortuta dauden eta Foru Lurraldeen autonomiaren funts diren honetan, gizartean sentsibilitate ugari daude eskubideon mugen inguruan, autonomia hori handitzea ahalbidetzen dutela, hain zuzen egungo autonomia-eraentzan datzatela eta autonomia eskubideen mugetatik haratago joan dela diotenen arteko eztabaida juridiko sutsua piztu delarik. Egungo autoreen artean, Miguel Herrero, Juan Porres edota Pablo Lucas dira, besteak beste, esanguratsuenak.

Hala, eskubide historikoon zehazgabetasunak interpretazio ezberdinak egiteko bidea zabaltzen du, azken mende erdiko doktrina zein jurisprudentzia zabal-zabalean ikus daitekeen gisa. Hala, eztabaida juridiko sutsua piztu da, batez ere Konstituzio Auzitegiak bere interpretazio-lerro murriztailea eratzen joan ahala.

Horrexetan datza, hain zuzen, lan hau: egungo autonomia-sisteman eskubide historikoek lurralde hauek bil dezaketen eskumenen iturri-funtzioa zein izan den aztertzea eta etorkizunean izan dezakeen paperari buruzko hausnarketa egitea, azkenik zenbait ondorio atera direlarik. Xede horretarako erabilitako metodologia legeria, jurisprudentzia eta doktrina aztertzea eta jasotzea izan da, besteak beste EAO, Océano eta Dialnet datu-baseak erabilirik.

I. BILAKAERA HISTORIKOA

1.1) Sorreratik konstituzionalismo espainiarrera arte: eskubide historikoen jatorria

Arestian aipatu legez, gaur egun Eskubide Historikotzat ezagutzen dugun figurak Erdi Aroan du jatorria. Izan ere, euren edukia garai hartan hasi zen eratzen, lurralde bakoitzak zituen usadio eta ohiturak finkatzen joan ziren heinean. Ohitura hauek herritarren arteko bizikidetzara arautzen

zuten alde batetik, baina baita Jaun edo Erregearekiko harremanak. Hala, azken hauen botereak mugatu egiten zituzten, lehenik eta behin foruen edukia (hau da, herriaren eskubideak) errespetatuko eta betearaziko zituela zin eginarazten baitziren herriak fideltasun-zina egin aurretik eta bigarrenik lurraldearen eraentza politikoa antolatzen baitzuten, lurraldea gorpuzten zuten erakundeei egitura arautuz eta eskumenak esleitzuz.

Gerora, ohitura eta usadio hauek idatziz jaso egin ziren, eta testu juridikoa izatera igaro ziren. Lehenego lurraldea Nafarroa izan zen: JIMENO ARANGURENEK azaltzen duen arabera, 1238an, tronura Xanpainako dinastia atzerritarra heltzean, foruak zin eginarazi zizkioten, ohiturak jasotzen zituen testu baten bidez. Testu hau izan zen Nafarroako Foru Zaharraren oinarria¹. Ondoren, Bizkaiak bere Foru Zaharra idatzi zuen (1453), eta urte batzuk geroago berriztu (1526); garai berekoak dira Arabako Lege eta Ordenantzen Koadernoak (1463) eta Gipuzkoako Ermandadearen Ordenantzen Koadernoak (1457 eta 1463), azken lurralde honen kasuan arauak behin betiko 1696ko Gipuzkoako Foru Bilduman jaso zirelarik.

Ondorioz, foru-lurraldeek orain dela bost mende inguru Zuzenbide Publikoko zein Pribatuko lege orokorrak zituztela esan liteke. Laurak zeuden, XVI. mendetik aurrera, Monarkia Hispaniarraren eremuan, baina bakoitzak bere erakundeak eta autogobernua mantentzen zituen. Horri esker, Zuzenbide espainiarrarekiko desberdintasun nabarmenak aurki litezke, entzutetsuenak kaparetasun unibertsala, salbuespen fiskalak, aduanak eta Zuzenbide Zibil propioa direlarik. Autogobernuaren harira, bereziki azpimarragarria da foru-pasearen (Nafarroan, sobrekarta) figura. Honen bidez, Batzar Nagusiek, Gorteeak eta Aldundiek eskubidea zuten erregeak edo jaunak emaniko aginduak baliogabe uzteko foru-legeen aurkakoak (eta, ondorioz, kontraforuak) baldin baziren, *onartzen da baina*

¹ JIMENO ARANGUREN, R. *Los fueros de Navarra*. 1. ed. Madril: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, 19. or.

ez da betetzen esapidea erabiliz. Hala, lege orokor hauek bazuten nolabaiteko defentsa-mekanismo bat, jaun- edo errege-boterearen gehiegikeriengandik babesteko.

Foru-pasearen auzia garrantzia handia hartzen hasi zen batez ere XVII. mendetik aurrera. Testuinguru honetan jazo zen, hain zuzen ere, espreski foru-sistemaren defentsa arrazoï izan duen indarkeriazko gatazka bakarra: Gatzaren Matxinada. 1631an, Espainiako Filipe IV.ak eta bere balido Olivaresko Konde-dukeak gatzaren estankoa agindu zuten Bizkaian, Jaureriaren legeen aurka, zeinen arabera Errege Ogasunak ez zuen eskumenik. Bizkaitarrek liskar ugari sortuz erantzun zuten. Hasieran haserrea gatzaren prezioaren igoera soilak izan bazen ere, gerora foruen defentsa eta berauak indargabetzeko saiakerai aurre egitea bihurtu ziren muina; hau da, bizkaitarrek bazuten foru-sistema berezkoa zuten eta lege eta arau propioak kanpoko injerentzietatik at gordetzeko eskubidea zuten kontzientzia.

Kontzientzia hau, halaber, gero eta maizago eta argiago agerraraziko da, Espainiako erregeen oldarraldi zentralista-uniformista areagotzearekin batera. Lau lurraldeetako aldundien kexak eta jatorrizko foru-boterearen gorapamenak ugariak dira XVII. eta XVIII. mendeetan zehar. Garai honetan hasi ziren Araba, Bizkaia eta Gipuzkoa (baita Nafarroa ere, nahiz eta, bere erresuma-estatusa zela-eta, ez gainerako hiru lurraldeak beste) foruen defentsan elkartzen. Izan ere, erregimen desberdina eduki arren, antzekotasun handiak zituzten haien artean, Zuzenbide Publikoan batez ere. Gainera, denek ala denek argudiatzen zuten foru-sistemaren hitzarmen-izaera, hau da, lurraldeen eta errege edo jaunaren arteko parekotasuna eta aldebiko harremana. Hala, esanguratsuak dira Moret eta Larramendiren ikuspuntuak. Lehenengoak, *Nafarroako Erresumaren urte-liburuak* (1684), Nafarroa subjektu politiko burujabea izaten jarraitzen duela eta, beraz, bere foruak eta legeak Nafarroak berak berezko dituen arauekin bat etorri baino ezin dituela aldatu baieztatzen du. Beste era batean esanda, Nafarroak eskubidea du bere burua gobernatzeko

eta arautzeko, Historian zehar hala izan delako eta ez diolako hala izaten jarraitzeari uko egin. Larramendi gipuzkoarrak, bere aldetik, antzeko ondorioak atera zituen. Moreten ia garaikidea izan arren, testuingurua ez zen zeharo berdina: Espainiako Ondorengotza Gerraren ondorioz, Borboitarrek eskuratu zuten tronua, zentralismoak nabarmendutako aldi bat hasi zelarik. Izan ere, Aragoiko Koroako erakunde eta Zuzenbideak bertan behera utzi zituen ia osoki 1707ko Planta Berriko Dekretuen bidez. Araba, Bizkai, Gipuzkoa eta Nafarroako foru-sistema ez zen dekretuotan barnebiltzen, aipatutako gerran eman zioten babes eskertze aldera, baina Austriatarrek abian jarritako foruen higadura-prozesua aurrera eramane zuten, are intentsitate handiagoarekin. Hala, aduanak Ebro ibaitik Piriniora lekualdatzeko saiakera egin zen, bertakoen haserrearen aurrean azkenik atzera egin behar izan zelarik.

Testuinguru horretan, Larramendik arrisku larrian zekuskien Gipuzkoako eta, hedaturaz, gainerako foru-sistemak, eta irmoki defendatzeko zenbait lan idatzi zituen, esanguratsuen *Sobre los fueros de Guipúzcoa* delarik. Bertan, kontzeptu guttiz berritzaile bat ematen du aditzera, aurretik zegoen forutasunaren kontzepzioaz haratago doana. Izan ere, Espainiaren foruen aurkako oldarraldiaren aurrean, ordura arte planteatu gabeko ideia bat plazaratzen du: Gipuzkoa eta gainerako foru-lurraldeak (Pirinioetako ipar zein hegoko magaletakoak) nazio independente bihurtu eta errepublika batean batu. Independentziaren proposamena gorabehera, garrantzitsua da konturatzea jaun edo erregearen figura bertan behera uzten dituela Larramendik eta, hala eta guttiz ere, foruak aurrera jarraituko luketela, euren horretan. Era horretan, lurralde bakoitzak bere burua gobernatzeko ahalmena eta eskumen guzti-guztiak lituzke, foru-erakundeen eta jaun edo erregearen arteko eskumen-banaketa eze-rezean utziz. Azterketa sakonagoa eginez, Larramendiren pentsamoldean foru-erakundeen boterea jatorrizkoa dela antzematen da: erakundeok dira boterearen titularrak, nahiz eta jaun edo erregeari eskumen eta fun-

tzio batzuk laga zaizkion, betiere lurraldeari komenigarriagoa zaiolakoan. Alabaina, horiek egoki ez betetzekotan, foru-erakundeek legitimitatea lukete utzitako botere hori berreskuratzeko. Hementxe aurki dezakegu Larramendi eta bere aurrekoen arteko desberdintasun nabaria: aurrekoen ustez, foru-erakundeen erantzuna jaun edo erregez aldatzea baino ez litzateke izango, figura horrek jarraitu egingo lukeelarik, dena den; Larramendik, ostera, erakundeek botere osoa berriz ere euren gain hartzeko eskubidea dutela deritzo.

Ildo horretatik, foru-lurraldeen eta Espainiaren arteko harremana ere era bertsuan deskribatzen zuen: Gipuzkoa (eta, implizituki, Araba, Bizkaia eta Nafarroa ere) Gaztelarekin eta gerora Espainiarekin lotuta bazegoen, komeni izate hutsagatik baino ez zen, lurraldeek askatasun osoa luketelarik lotura hori deusezteko Espainiak ez bazituen gipuzkoarren lege eta bizimodu tradizionalak errespetatzen. Larramendiren ideia honen adierazlerik garbiena hurrengoa da: 1794an Konbentzio Gerran, Espainiaren eraso antiforalez gogaituta eta gudaroste frantziarra mugan zegoelarik, Gipuzkoako Batzar Nagusiek Espainiarengandik banatu eta Frantziaren babespeko errepublika independente aldarrikatu zuten lurraldea, Larramendik erabilitako argudio berberak erabilia: Gipuzkoa 1200. urtean Gaztelako erregeari (eta ez, berez, Gaztelari) lotu zitzaion bere foruak babesteko; babes horren faltan, Gipuzkoak harremana eteteko eskubidea zuen, erregeari utzitako eskumenak berreskuratuz. Nabarmena da baze-goela foru-lurraldeak burujabe izateko eta, beraz, nahi beste eskumenen titular izateko eskubide osoa zuten pentsaera hedatua.

Alabaina, Gipuzkoaren burujabetza-egikaritze burutugabe hori ez zen ondoriorik gabekoa izan. XIX. mendean sartzearekin batera, Espainiako Karlos IV.a eta bere ministro Manuel de Godoy foruen aurkako erasoak intentsitate handiagoaz egiten hasi ziren, Estatuaren uniformizazio- eta zentralizazio-prozesua azkartzeko asmoz. Horretarako, aipatu berri dugun foruen nortasuna ukatu eta pribilegio hutsa baino ez zirela argudiatzen

zuten lanak bultzatu zituzten. Hala, aurrerapenarekin eta berdintasun-printzipioarekin bateraezinak lirateke foru-lurraldeen legeria propioak mantentzearekin, eta ezereztea beharrezkoa litzateke Espainiaren interes orokorra gordetzeko. Gainera, foruak Espainiako erregeek emaniko pribilegioak izanik, hauei legozkieke foruak aldebakarrez indargabetzeko ahalmena.

1.2) Foruak eta Espainiako lehenengo Konstituzioak: foru-erregimenaren gainbehera

Une historiko honetan hasten da, hain zuzen ere, Espainiako Historia Konstituzionala; zehazki, 1808. urtean, Baionako Estatutuarekin. Bertan, Historian lehen aldiz Espainiako arau juridiko batean foruen auzia beren-beregi aipatzen zen.

Baionako Estatutua Josef I.aren erregealdian emaniko lege gorenaren izan zen. Estatutua eztabaidatzeko eta onartzeko, erresuma osoko lurraldeen ordezkariak dei egin zitzaizkien, Baionako Asanblada eratuz. Araba, Bizkaia, Gipuzkoa eta Nafarroako ordezkariak ere deialdia luzatu zitzaizkien. Lehenengo aldiz, foru-lurraldeek asanblada politiko espainiar batean parte hartu zuten.

Lau lurraldeetako ordezkariak foru-erregimena babesteko eta mantentzeko agindua jaso zuten foru-erakundeengandik. Horretarako, jarraitu zuten estrategia bateratua foruekiko zeukaten kontzepzioarekiko koherenteak izatean zetzan: hasteko, asanbladan parte ez hartzea eta entzule soilak izatea erabaki zuten, hogeitau urte lehenago (Behe) Nafarroako Erresumaren ordezkariak 1789ko Frantziako Asanblada Konstituziogilean egin zuten tankeran. Izan ere, lurraldeak Monarkia espainiarrarekiko harremana “batasun pertsonala, eta ez erreala”² zen. Ondorioz, foruen edo,

² MONREAL ZIA, G., “Los Fueros Vascos en la Junta de Bayona de 1808”. *Revista Internacional de los Estudios Vascos*. 2009, 4. zk., 262. or.

erabiltzen zuten lexikoa errespetatuz, “Konstituzio berezien” inguruan eztabaidatzeko legitimitatea zuena ez zen asanblada, Bonaparte bera baizik.

Xede horrekin, enperadoreari lau idazki luzatu zizkioten, lurralde bakoitzak bana, foru-sistema errespetatuz ezan eskatzen eta hala egitearen komenigarritasunaren aldeko argudioak eskaintzen. Idazki bakoitzak lurralde bakoitzaren berezitasunak jasotzen zituen, baina, orokorrean, antzekotasun handiak daude. Lehenik eta behin, Konstituzio berri baten beharrik ez dutela diote, jadanik bazutelako euren: foruak. Garrantzitsua da foru eta konstituzio terminoak baliokidetzat erabiltze honi erreparatzea. Izan ere, konstituzioek, definizioz, lege gorenaren izaera dute, eta burujabetasunaren adierazle garbienteko bat dira, ezin baita konstituziorik aldarrikatu subjektu politiko autonomoa izan gabe.

Bestetik, aipatu berri denarekin lotuta, erresuma osoan Espainiako Gorteak erakunde legegile bakar gisa ezartzearen (Estatutuaren aurreproiektuaren 60. artikulua) eta Kode Zibil bakarra aplikatzearen (87. artikulua) aurka agertzen dira bereziki. Nafarroaren kasuan, erresuma-estatusaren ondorioz Gorte propioak dituztela gogorarazten diote enperadoreari, Espainiakoengandik bereizita. Bizkaiak eta Gipuzkoak ere Gorte espainiarretan parterik hartzen ez dutela azpimarratzen dute, legeak foruerakundeek onartzen dituztelarik. Gainera, lege zibil propioak badituztela esaten dute, erresumako gainerako lurraldeen araukiko oso desberdinak (nahiz eta lau lurraldeen artean antzekotasunak daudela dioten espreski). Bizkaiak bere “independentziari” eragingo liokeela deritzo, gainera. Erresumako gainerako lurraldeen pareko tributu-betebeharren ezarpenaren aurka ere azaltzen dira, foru-itunaren aurkakoa izateagatik eta, diotenez, materialki betepena ezinezkoa izateagatik, lurraldeen egoera ekonomikoa aintzat harturik.

Bonapartetarrek ordezkariak aurkeztutako txostenak kontuan hartu zituzten, eta, lehenengo aldiz, testu juridiko espainiar batean foruak be-

ren-beregi jorratzen dira. Hain zuzen ere, Baionako Estatutuaren 144. artikulua, urte batzuk geroago 1839ko urriaren 25eko Legeak erabiliko zuena gogorarazten duen formula batekin (lan honetan geroago aztertuko den legez), hurrengoa dio: “Nafarroa, Bizkaia, Gipuzkoa eta Arabako foru partikularrak lehenengo Gorteetan aztertuko dira, probintzia berberen eta nazioaren intereserako komenigarritzat jotzen dena zehazteko”³. Alde batetik, foruak ez ezerezteko helburua lortua zen, xedapen hori gabe Estatutua zuzenean aplikatuko bailitzateke foru-lurraldeetan foru-eraentza ordezkatzuz eta deuseztuz. Hala, foruen bizirautea erdietsi zen. Alabaina, foruak “nazioaren interesaren” menpe geratu ziren, ordenamendu oso eta propioa izatetik espainiar ordenamenduan txertatuta geratzearen arrisku garbiarekin.

Urte horretan bertan piztu zen Espainiako Independentzia Gerraren ondorioz, Estatutuaren indarraldia mugatua izan zen, eta ezin izan zen 144. artikulua agindutako foruen azterketa egin. Dena dela, foru-lurraldeetan ordezkariak eginiko alegatuak txit interesgarriak dira, foru-erregimenaren legitimitatearen eta izaera konstituzionalaren inguruko pentsamoldea zein zen erakusten baitigute, hain zuzen ere, Historian foruen papera inoiz baino gori-goriago egon zen mendearen atarian.

Izan ere, Espainian ezarri zen ezegonkortasun politikoak foruengan eragin zuzena izan zuen. Liberalismoaren eta tradizionalismoaren arteko gatazkan, foru-sistema puntu zentralerako bat izan zen. Liberalen ustez, Godoyk sustatutako pentsamolde bera jarraituz, foruak Antzinako Erregimeneko pribilegioak ziren, espainiarren arteko berdintasunaren aurkakoa. Cádizko 1812ko Konstituzioan, Baionako Estatutuan ez bezala, ez zen foruen inguruko aipamenik jaso, *de facto* euren deuseztasuna zekarrena. Legeria bakarra ezartzen zen erresuma osoan, eta botere legegilea Gorte espainiarrei besterik ez zitzaien esleitzen. Foru-lurraldeetan aur-

³ 1808ko Baionako Estatutua. *Gaceta de Madrid*, 1808ko uztailaren 27koa.

kakotasuna nabaria izan zen: Batzar Orokorrek Konstituzioa zin egitean, zenbait gorabehera jazo ziren. Bizkaian, eztabaida sutsuak egon ziren, eta foru-erakundeen eskumen-hustutzea zekarren Konstituzioari men egiteari muzin egin zioten, baina azkenik bortxaz behartu zituzten batzarkideak. Gipuzkoan, Konstituzioa onartu zuten batzarrek, euren “konstituzio historikoaren eredugarritasuna” eta Gipuzkoak foruen aurkako erasorik ez zuela onartuko aipatuz akta ofizialean. Berriz ere, foruei konstituzio deitzen zaie. Nafarroari dagokionez, dekretuak ez zituen Gorte nafarrak aipatzen, hala eginez gero bere legitimitatea onartuko litzateke-eta. Horren aurrean, Aldundiak Gorte nafarrak batzeko eskatu zuen, baina Cádizko Konstituzioaren aldekoek ez zuten baimendu, Gorteetan azkenik Konstituzioari men egin ordez konstituzio nafarraren eta espainiarraren arteko bateragarritasuna nola gauzatu ikertzen hasiko ote ziren beldur.

Cádizko Konstituzioak, dena dela, ez zuen askorik iraun indarrean (1814ra arte baino ez, 1820tik 1823rako Hirurteko Liberalarekin batera), eta, Baionako Estatutuarekin gertatu bezala, ezin izan ziren foru-lurraldeetan egon litezkeen ondorio guztiak antzeman. Fernando VII.aren itzulerarekin batera, foruak berrezarri ziren, eta erregeak zin egin zituen.

Hala ere, Fernando VII.a zentzean Lehenengo Gerra Karlista lehertu zen bi erregegaien artean. Foruzaleen gehiengoak Karlos erregegaiaren alde egin zuen, Elisabetek foruen aurkako liberalen babesa jaso baitzuen. Foru-lurraldeetan, gatazkaren muina foru-erregimenaren bizirautean zetzan. Bien bitartean, liberalek 1837. urtean Konstituzio berri bat onartu zuten, 1812koaren tankerakoa. Honetan ere foruak aipatu gabe uzten ziren, praktikan desagertzea esan nahi zuena.

Une honetan, interesgarria da existitzen ziren euskal liberal foruzale bakanen ikuspuntua, Jose Antonio Muñagorrik bere *Foruak eta bakea* egitasmoan gorpuztu zuena. Aldarri hartan, erregegai baten edo bestearen alde borrokatzeak zentzurik ez zuela zioen, “Nafarroa eta beste hiru pro-

bintziak hainbeste adiskidetasun, odol, ohitura eta eskubidez elkartuak, beti beren buruaren jabe”⁴ izan baitira eta, hortaz, ez zegoen jauntxoan aldeko borroka egiteko arrazoirik, “foruak gordez gero, berdin baitzaigu edozein [errege]”⁵. Beraz, karlistek amore ematearen aldekoa zen, uste baitzuen liberalak, era horretan, foruei eustea onartuko zutela. Dakusagunez, bazeuden erresuma berean Konstituzio bat baino gehiago egotea eta Antzinako Erregimena atzean uztea bateragarri zeritzoten liberalak.

Alabaina, Muñagorriren ideiek ez zuten arrakasta handirik izan, gerran karlistek ere izan ez zuten gisa. Gerra 1839ko Bergarako Itunarekin bukatu zen, zeinaren 1. artikulua arabera Espartero buruzagi liberalak Gorteei foruak mantentzeko eskatzeko konpromezua hartzen zuen. Hala ere, bi hilabete eskasen buruan, Espainiako Gobernuak 1839ko urriaren 25eko Lege sonatua onartu zuen, honako hau zioelarik:

“1. art: Euskal probintzietako eta Nafarroako foruak berresten dira, monarkiaren batasun konstituzionalari kalterik egin gabe.

2. art: Gobernuak, aukera izan bezain laster eta Euskal Probintziei eta Nafarroari entzun ondoren, lehen aipatutako foruetan haien interesa aldarrikatzen duen nahitaezko aldaketa proposatuko dio Gorteei, nazioaren eta Monarkiaren Konstituzioaren interes orokorrenekin bat eginez eta, aldi baterako eta lehen adierazitako moduan eta zentzuan, sortu litezkeen zalantzak eta eragozpenak ebatziz eta Gorteei horren berri emanaz”⁶.

Legeak itxuraz foruak mantentzen dituen arabera, mamia lehenengo artikuluko bigarren zatian dago: foruak “monarkiaren batasun konstituzionalaren” menpeko egoera juridikora igarotzen dira, ordenamendu

⁴ AURKENERENA BARANDIARAN, J., “Muñagorri, bakea eta foruak”. *Zuzeu*. <https://zuzeu.eus/euskal-herria/munagorri> (Azken kontsulta 2025eko apurilaren 2an).

⁵ AURKENERENA BARANDIARAN, J., “Muñagorri...”, *ibid*.

⁶ 1839ko urriaren 25eko Legea, Foruak berresten eta eraldatzen dituen. *Gaceta de Madrid*, 1812. zk., 1839ko urriaren 26koa.

autonomo izateari utzita. Lorenzo de Arrazola garaiko Espainiako Grazia eta Justizia Ministroaren esanetan, “batasuna lotura handietan, hala nola errege konstituzionalean, botere legegilearen batasunean eta ordezkari-tza nazional erkidea izatean” zetzan batasun konstituzional hori⁷. Hala, ikuspegi godoyzalea gailentzen zaio Moretek, Larramendik edota Baionako Asanbladan ordezkariak azaldutako eta foru-lurraldeetan gehiengoarena zen interpretazioari. Foru-erregimenak eskaintzen zituen eskubideen titular zirenek, lau lurraldeetako herritarrek, ez zioten inoiz uko egin eskubideoi, lege horrek gaurdaino zabalik iritsi den eta oraindik konpondu ez den gatazka sortu zuelarik. LARRAZABAL BASAÑEZEK dioen gisa,

“foru-indargabetzeak antzinako itun baten aldebakarreko haustura eragin zuen, eta ziur nago zauria ez dela oraindik erabat itxi. Ordutik, eta etengabe, Euskal Herrian foru-berrezarpen osoa eskatu zen, Euskal Herriak ez baitie inoiz uko egin Foruetatik eratorririko eskubide historikoei, etengabeko autogobernu-nahiaren adierazpen gisa”⁸.

Izan ere, foru-erakundeak euren burujabetza babesteko zeukaten tresna juridikoaz gabetuak izan ziren era honetan: foru-pasea ezerezean geratu zen. Formalki, Araban, Bizkaian eta Gipuzkoan 1841eko urriaren 29ko Errege Dekretuak indargabetu zuen arren (“8. artikulua: Legeak, Gobernuaren xedapenak eta auzitegien probidentziak Euskal Probintzietan inolako murrizketarik gabe betearaziko dira, Erresumako gainerako probintzietan egiaztatzen den bezala”⁹), 1839ko Legeak ezarritako bata-

⁷ ORELLA UNZUÉ, J. L., “Convenio navarro o Ley paccionada de 1841”. *Eusko Ikaskuntza*. <https://www.euskonews.eus/0706zbk/gaia70603es.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 5ean).

⁸ LARRAZABAL BASAÑEZ, S., “Ley de 25 de octubre de 1839, una historia de fueros y desafueros”. *Deia*. 2014ko urriaren 25a. <https://www.deia.eus/actualidad/2014/10/25/ley-25-octubre-1839-historia-5185104.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 5ean).

⁹ 1841eko urriaren 29ko Errege Dekretua. Gaceta de Madrid, 2581. zk., 1841eko azaroaren 3koa.

sun konstituzionalarekin bateraezina zen jada. Errege Dekretuak zehaztu baino ez zuen egin. Foru-lurraldeetan ez zen onartu foru-erregimena bertan behera uzteko Espainiako Gorteek eskumena zutenik. Izan ere, Joaquín Ignacio Mencos liberal (bistan denez, liberalen artean ere zalan-tzak zeuden) eta Gendulaingo Kondeak honakoa zioen Nafarroari (eta, hedaturaz, gainerako foru-lurraldeei ere) buruz:

“Herrialde benetan konstituzional bat, 1833. urtera arte forma eta egin-tza politiko guztien jabe izan zena, hala nola legeak egitea eta bere go-bernuan esku hartzea, ez zen soilik forala, eta, beraz, ezin zuen bere oinarritzko legea gainditu eta beste lege batean urtzeko eskubidea eta eskumena aitortu, baizik eta bere gorteetan Erregearekin”¹⁰.

1839ko Legearen 2. artikulua edukiari helduz, Nafarroak eta gainerako foru-lurraldeek, lehenengo aldiz, estrategia desberdinak hartu zituzten euren foru-erregimenaren defentsan. Alde batetik, Nafarroak Espainiako Gobernuarekin foruen eta Espainiako Konstituzioaren arteko bat etortzea eztabaidatzeko ordezkariak bidali zituen, eta 1841ko Foruak Eraldatzeko Legea (gerora Lege Hitzartuaren izena hartu izan duena) onartu zen negoziazioen ondorioz. Legearen arabera, Nafarroak bere erresuma-estatusa eta, harekin batera, eskumen legegileak eta judizialak eta foru-erakundeak galdu zituen, probintzia hutsa bihurtuz, zerga-arloan nolabaiteko autonomiaren trukean (25. artikuluan Nafarroari urtean 1.800.000 erreale ordaintzeko betebeharra ezartzen zitzaion, gaintzekoan bere kabuz jardun ahal zuelarik¹¹). Ondorioz, Nafarroak eskumen ia guztiak galdu zituen, zenbait ahalmen administratibo eta fiskal izan ezik.

¹⁰ ORELLA UNZUÉ, J. L., “Convenio navarro...”, *op. cit.*

¹¹ 1841ko abuztuaren 16ko Legea, Nafarroako foruei buruzkoa. *Gaceta de Madrid*, 2498. zk., 1841eko abuztuaren 19koa.

Araba, Bizkaia eta Gipuzkoak, ostera, 1839ko Legea ez onartzea eta ordura arteko foru-erregimenari kalte egin ziezaiokeen edozein aldaketa negoziatzeari uko egitea erabaki zuten. Hala ere, Espainiako Gobernuak aurretik aipatutako 1841ko urriaren 29ko Errege Dekretuaren bidez lurralde hauen eskumenak nabarmen murriztu zituen, Nafarroan baino era neurritsuagoan izan zen arren: Foru Aldundiak eta Batzar Nagusiak deuseztu ziren eta Probintzia Aldundiek ordezkatu zituzten, arestian esan bezala foru-pasea indargabetzeaz eta aduanak Ebrotik itsasora lekualdatzeaz gain¹². Hala ere, bestaldetik, salbuespen fiskalak eta militarrek ez ziren ukituak izan, bere horretan mantendu zirelarik¹³.

Hurrengo urteetan, Espainian moderatuen eta liberalen arteko gatazkak eragindako ezegonkortasun soziopolitikoak arau ugari ekarri zituen foruen auzia jorrazteko. Hala, Araba, Bizkaia eta Gipuzkoa eskumenak jasotzen eta galtzen joan ziren, boterean nor egon arabera, baina ez ziren inoiz itzuli 1839aren aurreko egoerara eta ez zuten foru-pasea inondik inora ere berreskuratu. Azpimarragarria da urte hauen artean 1869ko Konstituzioa, Aldundiek foruen aurkakotzat jo zutena eta, hargatik, aldarrikapen-ekitaldira ez joatea erabaki zuten, baita aurkako jarrera hori erakusten zuen agiri bat Gobernuari helaraztea, ez zedin ez joatea isilpeko onarpentzat interpretatu. Oraindik ere, foru-erakundeek zegozkien eskumen guztiak berreskuratzea galdatzen jarraitzen zuten irmoki.

Eskumen horiek hein handi batean berreskuratzeako aukera egon zen 1873ko Konstituzio Federalaren proiektuarekin. Onartu ez zen arren, ia bi mendeko zentralizazio-prozesuari 180 graduko bira eman nahi zitzaion. Hala baloratzen du LARRAZABAL BASAÑEZek:

¹² 1841eko urriaren 29ko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 2581. zk., 1841eko azaroaren 3koa.

¹³ 1841eko urriaren 29ko Errege Dekretua, *op. cit.*

“Gaurko pentsamoldearekin erakargarriak irudi dakizkiguke proiektu konstituzionalaren zenbait ideia, hala nola Federazioko Estatukideen autonomia politiko eta ekonomiko-administratiboa (92. art.); Eskualde Baskongadoak Estatutzat jotzea (1. art.), XX. mendeko lehen hereneko autonomia-estatutuen garaiari nabarmen aurreratzen zitzaion hiru Lurraldean antolaketa bateratua; Estatuak euren buruari Konstituzio politiko bat emateko aukera (93. art.); Estatuaren eskumen propioak (96. art. eta hurrengoak), etab.”¹⁴.

Ikusteke legoke 93. artikulua nola aplikatuko zuketena foru-lurraldeek, bi ardatz aintzat hartuta: batetik, Estatuaren Konstituzioa foruak izatekotan (eta foru-erakundeek foruen aurkako jo ezean), zenbateraino izango lirateken aplikagarri, Konstituzio Federalarekin talka egin gabe; eta, bestetik, Araba, Bizkaia eta Gipuzkoaren kasuan, nola uztartuko lirateken hiru foru-sistemak bakar batean, hiru lurraldeek Estatu bakarra eratuko bailukete. Eztabaida hau mende bat geroago erreproduzitu zen, ikusiko dugunez, egungo Euskal Autonomia Erkidegoa eratzean.

Dena dela, 1873ko Konstituzioaren proiektua oso garai latzetan aurkeztu zen. Izan ere, urte bat lehenago Bigarren Gerra Karlista piztu baitzen. Lehenengoan bezala, foru-lurraldeetan, erregegaiaren auziaz gain, foru-erregimenaren bizirautea zegoen jokoan, aurrekoan baino era argiagoan, VÁZQUEZ DE PRADAK esan bezala, “amore emate masiborik egon ezean, [foruak] abolituak izango ziren”¹⁵ eta. Hala izan zen: berriz ere, karlisten bandoak galdu zuen gerra, eta 1876ko uztailaren 21eko

¹⁴ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., “Evolución de los regímenes forales de las Provincias Vascongadas hasta 1876: desarrollo foral en la interinidad en Álava, Bizkaia y Gipuzkoa”. *Iura vasconiae*. 2012, 9. zk., 456. or. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4194082> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 7an).

¹⁵ VÁZQUEZ DE PRADA, M., *Negociaciones sobre los fueros entre Vizcaya y el poder central, 1839-1877*. Bilbo: Bizkaiko Aurrezki Kutxa, 1984, 303. or., hurrengo lanetik hartua: LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., “Evolución de los regímenes forales...”, *op. cit.*, 457. or.

Legearen bidez behin betiko indargabetu ziren foru-erregimenen azken apurrak¹⁶.

Dena dela, Espainiako Gobernuak, giroa baretze aldera eta foru-lurraldeetan zergak jasotzeko estrukturarik ez zeukanez, 1878an Ekonomia Itunak egin zituen hiru aldundi probintzial berriekin, 1841ko Lege Hitzartuan Nafarroarentzako jasotako zerga-sistema antzekoa ezarritz.

1.3) Foru-berrintegrazioaren aldeko aldarrikapen-garaia

Momentu honetatik aurrera, foruzaleek foru-berrintegrazio osoa izango dute helburu politiko, eta xede horrekin gauzatuko dute euren egitasmo politikoa. Kontzeptu hori, bakarra izan arren, berau defenditzen zuten ideologia bakoitzak era desberdinean interpretatuko du; batez ere, eusko abertzaletasunaren sorrera eta hedatzearen ostean.

Izan ere, Sabin Arana abertzaletasunaren aitzindariak, aurreko mendean nagusi zen pentsamoldearekin bat etorritz, foruak lurraldeen berezko konstituzioak zirela zioen, eta indarrean zeuden bitartean foru-lurraldeak burujabeak zirelakoan zegoen. Beraz, foru-lurraldeek (Araba, Bizkaia, Gipuzkoa, Lapurdi, Nafarroa eta Zuberoa) nazio bat eratzen zutenenez, eskubidea zeukaten euren burua independente aldarrikatzeko. Horretarako, 1839ko urriaren 25eko Legearen indargabetzea zen nahitaezkoa, hura izan baitzen burujabetza galtzearen arrazoi nagusia. Doktrina horren eraketa eta zabalkuntzaren ostean, Euzko Alderdi Jeltzaleak (EAJ) gidatu zuen foru-berrezarkuntza osoaren aldeko borroka, batez ere Bizkaian eta Gipuzkoan (Arabaren eta Nafarroan, karlistak ziren gehiago, berrezarkuntza ere eskatzen zutelarik baina abertzaletasunarekiko oso ikuspuntu ezberdina edukirik). José Antonio Agirre diputatu jeltzaleak, gerora Euzkadiko

¹⁶ 1876ko uztailaren 21eko Legea, Foruak abolitzen dituen. *Gaceta de Madrid*, 205. zk., 1876ko uztailaren 25ekoa.

Jaurlaritzako Lehendakari izango zenak, honela adierazi zuen Diputatuen Kongresuan, 1935eko abenduaren 5eko osoko bilkuran:

“Eusko abertzalea naiz eta beraz euskal naziotasuna aldarrikatzen dut. Euskal naziotasuna, Euzkadi, bere patuaren gaineko burujabetzarekin. [...]

Gure jomuga politikoa —Euzko Alderdi Jeltzalearena, errepara ezazue, Diputatu Jaunak—, Estatu espainiarrekiko, honetan gauzatzen da: 1839ko legearen indargabetzea. Eusko abertzaletasunak asmoa du, orden honetan, Euzkadiren egoera politikoa bere Konstituzio politikoarekiko xedapen erasotzaile hori aldarrikatu aurreko garaietan egitatea zenera atzera eramatea”¹⁷.

Agirreraren hitzaldiaren atal honetan garbi geratzen da abertzaletasunak foruak, Konstituzioa eta burujabetza baliokidetzat jotzen dituela, XIX. mendean gorpuzten joan zen ideia jasoz. Beraz, foruen kontzepzioan abertzaletasunak ez zuen berrikuntza handirik egin, karlistek ere oso antzeko postulatuak defendatzen zituzten. 1919an, Jesús Etayo *El pensamiento navarro* egunkari karlistaren zuzendariak honakoa zioen:

“Nafarroa eta gainerako herriak Espainiako errege-botere erkideari men egin zioten? Barne-bizitza osoki gobernatzeko askatasuna mantendu zuten eta Nafarroak, uler ezazue ongi, botere orokorrari, hau da, artean, errege-botereari gainerako erresumekiko batasunak betiko iraun zezan beharrezkoa zena baino ez zion laga eta batasunak iraun zezan nahitaezkoak zirenak baino betebeharrak gehiagorik ez zuen hartu. Hala bizi izan zen Nafarroa mendeetan zehar, hala bizitzeko eskubidea du eta hala biziko da baldin eta guk, nafarrok, benetan nahi badugu hala bizitzea. Eta hori izango da, eta ez besterik, foru-berrintegrazioa. Erdiesterako era juridikoa 1839ko legearen eta bere ondorengo 1841koaren indargabetzea

¹⁷ MEES, L. et al., *La política como pasión*. 1. ed. Madril: Tecnos, 2014, 241. or.

da, aurreko Zuzenbide Estatura itzuliz [...]. Hau lorturik, Nafarroak bere askatasuna berreskuratuko du eta hori da, funtsean, berrintegrazioa. [...] Nafarroaren eta Estatuaren arteko harremana mantentzeko nahitaezko aldaketa guztiak ezin ditu Estatuak aldebarrez inposatu, Nafarroak Estatuarekin era askean adostu baizik, orain eta beti”¹⁸.

Espainiako II. Errepublikan, foru-berrintegrazioaren aldarrikapena autonomia-estatuaren aldeko borrokan kanalizatu zen hasieran, abertzaleen eta karlisten koalizioan, baina Espainiako Gorteek onar ezazaten beharrezkoa zen laikotasuna estatuari atxiki zitzaionean, karlistek estatutua eta foruak kontrajarri zituzten, abertzaleek estatutua foruen egunetzea zela defendatzen zutelarik.

1931ean izan zen lehenengo estatutu-proiektua, Lizarrako Estatutuaren izenaz ezaguna. Aurrehitzaldian Historiaren kariaz foru-lurraldeek eskumenak bereganatzeko eskubidea aipatzen zen (“ahalmenak galdatzen ditu ordena materialean”¹⁹), eta 15. artikuluan Euskal Estuari (hala zertizon lau foru-lurraldeek osatutako eskualdeari) eta Estatu espainiarri zegozkien eskumenak zerrendatzen ziren, beren-beregi esleitutakoak edozein kasutan Euskal Estuarentzat egokituta ulertu behar zirelarik. Eskumen oso zabalak gordetzen ziren azken honentzat, “eskubide historikoen aldarrikapena bizirik mantenduz”²⁰; tartean, gudarostea antolatzea edo Vatikanoarekiko harremanak, azken hau izan zelarik Espainiako Gorteek estatutua ez onartzearen arrazoi nagusia. Halaber, foru-lurralde

¹⁸ ETAYO ZALDUENDO, J., *La reintegración foral de Navarra. Conferencia en el Círculo Carlista, dada el 31 de enero de 1919*. Iruñea: Casa Editorial Huarte, 1919, 6-7 orr. <https://lealtadalalealtad.wordpress.com/wp-content/uploads/2023/08/1919-la-reintegracion-foral-de-navarra-jesus-etayo.pdf> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 10ean).

¹⁹ 1931ko Euskal Estatuaren Estatutu Orokorren proiektua. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4237/4291> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 14an).

²⁰ 1931ko Euskal Estatuaren Estatutu Orokorren proiektua, *ibid.*

bakoitzarentzako eskumenak estatutuan beren-beregi Euskal Estatuari esleitu gabekoak eta lurralde bakoitzaren estatutu partikularrean zehaztutakoak izango zirela zioen 20. artikulua.

Azkenean, estatutua 1936an onartu zen, Gerra Zibilean bete-betean murgilduta. Bizkaian eta Gipuzkoako eta Arabako herri gutxi batzuetan baino ez zen aplikatu, gainerako lurraldea ordurako frankisten menpe baitzegoen. Gerra-egoera zela-eta, oso estatutu sinplea zen, 1931koak ez bezala eskubide historikoei eta foru-erregimenei erreferentziarik egiten ez ziena. Aitortutako eskumenak ere 1931koan baino murriztagoak ziren, baina Euzkadiko Jaurlaritzak, gerra-egoerak eragindako isolamenduaz baliatuz, testu estatutarioan jasotakoak baino askoz ere handiagoak egikaritu zituen, hala nola gudarostea eratzea, moneta lantzea, mugen kudeaketa edota kanpo-harremanak²¹. Hala izaterik baieztatzen duen lehen mailako iturririk egon ez arren, zentzuzkoa da pentsatzea Agirre, abertzalea izanik, eskumen horiek Euzkadiri eskubide historikoen kariaz zegozkion iritzikoa izatea. Espainiako Gobernuak ez zegoen konforme, adostutakoa traizionatzen hartzen baitzuten Jaurlaritzaren aktibitatea.

Abertzaleek eta errepublikazaleek gerra galdu izateak, dena dela, estatutua indarrean bederatzi hilabete eskas baino ez egotea ekarri zuen. Hortik aurrera, frankismoan, foru-lurraldeen eskumenak Araban eta Nafarroan Ekonomia Itunen bizirautera mugatu ziren. Nafarroari, halere, 1841ko Lege Hitzartuaren ondorioz, eskumen gutxi batzuk onartu zitzaizkion, eskumen horiek definitzen zituzten erregelamenduek ahalbidetzen zituzten Estatuko Legeen bidez²².

²¹ MEES, L., et al., *La política como...*, op. cit., 297. or.

²² LARUMBE BIURRUN, P. M., "El régimen navarro en el franquismo". *Gerónimo de Uztariz*. 1988, 2. zk., 52. or. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4813897> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 16an).

Frankismoak ezarritako politika uniformistak, beraz, autonomia apuraren bat baino ez zien aitortu Araba eta Nafarroari (ez Bizkaiari ezta Gipuzkoari, erregimenak “probintzia traidore” baitzeritzen, gerran Errepublikaren alde agertu izateagatik). Foruaren aldeko aldarrikapenak gutxi izan ziren, batez ere Francok karlistak alde batera uzten zihoan ahala, falangisten mesedetan. Berrogei urte igaro behar izan ziren berriz ere foru-lurraldeek autonomia izateko eta eskumenak jasotzeko eskubideari buruzko eztabaida politikoa askatasunez plazaratu ahal izateko.

II. ESKUBIDE HISTORIKOAK 1978KO ESPAINIAKO KONSTITUZIOAN, EUSKAL HERRIKO AUTONOMIA ESTATUTUAN ETA NAFARROAKO FORU HOBEKUNTZAN

1978ko Espainiako Konstituzioak, balio gorentzat jotzen duen pluralismo politikoa eta Estatu barruko sentimendu nazional ezberdinak aintzat hartu nahian, 2. artikuluan “nazionalitate” hitza jasotzen du, isilbidez Euskadiri, Galiziarri eta Kataluniarri erreferentzia eginez, eta autonomia izateko eskubidea aitortzen die, VIII. Tituluan garatzen duelarik. Dena dela, Euskadiren kasuan, EKak beste aipamen garrantzitsu bat dauka: Lehenengo Xedapen Gehigarria (aurrerantzean, LXG). Xedapenak honakoa dio:

“Konstituzioak babestu eta onartzen ditu foru-lurraldeetako eskubide historikoak.

Foru-erregimenaren eguneratze orokorra, dagokionean, Konstituzio eta Autonomia Estatutuen barnean egingo da”²³.

Era honetan, konstituziogileak foru-lurraldeetan mendez mende indarrean egondako foru-sistemak aintzatetsi zituen. Aurrekoak zirela onar-

²³ 1978ko Espainiako Konstituzioa.

tzen zituen eta Estatuko gainerako lurraldeei ez zegokien estatusa zutela errespetatzen zuen. Hala ere, foru-erregimena aplikatzeko modukoa izateko, Konstituzioak “eguneratzea” bere barnean egitea galdatzen du, hierarkikoki azken hau gorago kokatzen dela adieraziz inplizituki; RAZQUÍN LIZARRAGAREN hitzetan, “foru-erregimenaren muga batasun konstituzionala da”²⁴. Autonomia-estatutuen barnean eginez, 30eko hamarkadako ikuspuntua jasotzen da, hau da, autonomia zela foruak eguneratzeko bidea. Berebiziko garrantzia du Xedapen Gehigarriak. Izan ere, gure inguruan eskualdeen autonomia onartzen duten Estatuetako konstituzioek (italiarrak, portugaldarrak edota alemaniarrek) testuinguru historikoari baino ez diote erreferentzia egiten, autonomia zuzenean konstituzioetatik eratortzen delarik. Espainiakoa, aldiz, autonomia Konstituzioaren aurreko egoera zehatz baten jarraipena dela aitortzen da, nahiz eta foru-lurraldeetan baino ez izan eta gainerako lurraldeei xedapen hau ezin aplikatu, 76/1988 KAE, 1988ko apirilaren 26koak adierazi gisa (“[Xedapenak] Monarkia hispanikoaren lurralde batzuei egiten die erreferentzia, zeinek [...] euren berezko foruak mantendu zituzten. [...] Kasu hori Probintzia Baskongadetako bakoitzarena eta Nafarroarena da”)²⁵.

Lehenengo Xedapen Gehigarria, halaber, Xedapen Indargabetzailearen bigarren puntuarekin lotu behar da:

“2. Nolabaiteko indarra izan lezakeen neurrian, behin betiko indargabeturik geratzen da 1839ko urriaren 25eko Legea, Araba, Gipuzkoa eta Bizkaiko probintziei dagokienez.

²⁴ RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., “La doctrina constitucional sobre los derechos históricos de los territorios forales: de la negación al reconocimiento”. *Revista Vasca de Administración Pública*. 1991ko urtarrila-apirila, 124 zk., 270. or. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/237331991124263.pdf> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 17an).

²⁵ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1988ko apirilaren 26koa, 76/1988 zk., 2. ZO.

Era berean, behin betiko indargabeturik geratzen da 1876ko uztailaren 21eko Legea²⁶.

Esanguratsuak dira bi ñabardura. Batetik, “nolabaiteko indarra izan lezakeen neurrian” esatean, xedapenaren balioa batez ere simbolikoa dela adierazten da. PEÑARANDA RAMOSEN ustez,

“Argi dagoela dirudi, beraz, indargabetzearekin ez zela inolako eragin juridiko zehatzik lortu nahi, baizik eta eusko abertzaleak plano erabat afektiboan gogobetetzea. Konstituzio-eztabaidaren beste protagonista batek handik gutxira ondorio hau berretsi zuen, Lehenengo Xedapen Gehigarriarekiko ere gogoeta hauek luzatuz, bi-biekin lortu nahi zena euskal herriarekiko ulermen-keinu historiko sinple bat, Konstituzioaren urguritasuna eskubide historikoekiko edo, nahiago bada, errespetu-adierazpen sakratu edo ia erlijioso bat zela adieraztean²⁷.”

Bestetik, xedapena ez zaiela foru-lurralde guztiei aplikatzen, Nafarroa ez delako aipatzen. Izan ere, arestian azaldu gisa, Nafarroak 1839ko Legearen ondorioak onartu eta 1841ko Legea adostu zuen. Beraz, indarrean zeukan foru-erregimena xedapenak indargabetzen duen arautik zeratorrenez zuzenean, kalterakotzat jo zen xedapenaren aplikazio-eremua Nafarroara hedatzea.

Dena dela, argi dago Konstituzioak eskubide historikoak aitortzeak badaukala esanahi juridikorik, foru-lurraldeen berezitasuna onartzen baitu. Berezitasun horiek eskumenetan gauzatzen dira; izan ere, RAZQUÍN LIZARRAGAK adierazi legez,

²⁶ 1978ko Espainiako Konstituzioa.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, J. L., “Disposición Derogatoria. Constitución y ordenamiento preconstitucional”. Ondoko lanean: ALBALADEJO GARCÍA, M. (koord.), *Comentarios a la Constitución Española*. XII. liburukia, 159. art. aurrera. Madril: Edersa, 2006, 780-781. orr. <https://app-vlex-com.proxy-oceano.deusto.es/vid/339755> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 18an).

“Foru-erregimenak plus kompetentzial bat dakar, Estatuak zehaztutako oinarrien legeriaren edo oinarritzko legeriaren muga negatiboa gaindi dezakeena EKren 150.2 artikuluan diseinatutako zentzuko batasun konstituzionalaren mugara arte, kontzeptu tradizional hori osatzen duten beste konstituzio-mugei kalte egin gabe”²⁸.

HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN haratago doa, eskumenak eskuratzeko titulu bat baino are gehiago direla defendatuz: “Eskubide Historikoen aitortpena gorputz politiko ezberdin, berezi eta suntsiezin batzuen aitortpenaren baliokidea da, zeinen izatetik erakunde- eta eskumen-hartzeko bat eratorriko den”²⁹.

Euskal Herriko Autonomia Estatutuari (EHAE) dagokionez, eskumen gehigarri hauek 16. eta 17. artikuluetan gauzatzen dira. Artikulu haue-
tan, Euskal Autonomia Erkidegoari hezkuntza- eta polizia-eskumenak dagozkiola jasotzen da, hurrenez hurren, Espainiako Konstituzioaren Lehenengo Xedapen Gehigarriaren kariaz. Halaber, nahiz eta xedapen hau berariaz ez aipatu, 41. artikulua Estatuaren eta EAEn arteko tributu-harremanak foru-sistema tradizionalaren bidez, hau da, Ekonomia Itunaren bidez gauzatuko direla dio, LXGaren edukiaz baliatuz³⁰.

Nafarroako Foru Hobekuntzaren Legearen (FHL) kasuan, bestaldetik, azpimarratu beharra dago, lehenik eta behin, ez dela autonomia-estatutu bat eta Nafarroa bera ez dela autonomia-erkidego, foru-erkidego baizik. Beraz, bere eskumen-iturria ez da EKren VIII. Titulua, ezpada, Foru Hobekuntzaren Legeak 2. artikuluan zehaztu bezala, 1839ko urriaren 25eko Legea eta 1841ko Hitzartutako Legea, Foru Hobekuntzaren Legea bera

²⁸ RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., “La doctrina constitucional...”, *op. cit.*, 271. or.

²⁹ HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., *Derechos Históricos y Constitución*. Madril: Taurus, 1998, 104. or.

³⁰ Abenduaren 13ko 3/1979 Lege Organikoa, Euskal Herriaren Autonomia Estatutuarena. EAOaren 306. zk., 1979ko abenduaren 22koa, 29357-29363 or.

eta EKren Lehenengo Xedapen Gehigarria. Artikulu berak, lehenago iradoki den gisa, “batasun konstituzionala” jartzen du mugatzat bigarren puntuan. Hori dela-eta, Foru Hobekuntzaren Legeak 49. eta 50.1 artikuluetan “bere foru-erregimenaren ondorioz” hainbat eskumen Nafarroarentzat gordetzen ditu. Hala ulertzen da, esate baterako, 49. artikulua Nafarroari trafikoaren arloan eskumenak esleitzea, nahiz eta EKren 149. artikulua eskumen eskusiboa Estatuari dagokiola zehaztu³¹.

Biek ala biek, gainera, bakoitzaren LXGan adierazten dute Estatutuan edo Foru Hobekuntzan, kasuan kasu, eraturako erregimenak onartzeak ez duela esan nahi uko egiten zaielarik izan ditzaketen gainerako eskubide historikoei, eta eskubideok erregimenotan barnebil litezkeela ordenamendu juridikoak jasotakoarekin bat etorririk.

Honekin lotuta, GARCÍA PELAYOK ohartarazi zuen eskubide historikoak aitortzearen formulak Konstituzioaz besteko edukia balute bezala interpretatzeko bidea zabaltzen ziela ideologia jakin batzuei, azken honen maila berean jarrita. Intepretazio honekin, foru-lurraldeak Espainiako Estatuan sartzeko ezinbestekoa litzateke eskubideon onarpena, bere ustez biziki arriskutsua litzatekeena³². CORCUERA ATIENZA ere antzematen du eskubide historikoen aldarrikapenak ez zuela helburu eduki juridikoak berrezartzea, baizik eta oinarri ideologiko-politiko bat ezartzea euskal autonomia-estatutu mamitsua onartzeko³³. Beste autore batzuek, ordea,

³¹ Abuztuaren 10eko 13/1982 Lege Organikoa, Nafarroako Foru Eraentza Berrezarri eta Hobetzeari buruzkoa. EAOaren 195. zk., 1982ko abuztuaren 16koa, 22054–22060 orr.

³² GARCÍA PELAYO, M., “El proyecto constitucional y los derechos históricos”, *El País*, 1978ko irailaren 24, 12–13. orr., hurrengo lanetik hartua: LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., *Contribución a una Teoría de los Derechos Históricos Vascos*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 1996, 478. or.

³³ CORCUERA ATIENZA, J., “La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, 11. zk., 38. or., hurrengo lanetik hartua: LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., *Contribución...*, *op. cit.*, 480. or.

eskubide historikoei XVIII. eta XIX. mendekoen pareko kontzepzioa ematen diote: LUCAS VERDÚren hitzetan, EKren LXGak zein EHAEaren eta NFHaren Xedapen Gehigarriek foru-lurraldeen “Konstituzio substantziala” eratzen dute³⁴. PORRES AZKONAK, bere aldetik, EHAEak forutasunaren berme konstituzionalaren papera jokatzeko duela esaten du, Estatuari forutasuna aldebakarrez eraldatzea eragozten baitio³⁵. Azkenik, LOJENDIO IRUREREN ustez, eskubide historikoak orain dela bi mende eskas bere burua gobernatu duten lurraldeok osatutako “konstituzio edo sistema juridiko-politikoaren” ondoriozko askatasun eta autogobernu-eskubideak dira³⁶.

III. ESKUBIDE HISTORIKOEN EGIKARITZEA ETA JURISPRUDENTZIA ALDI AUTONOMIKOAN

EAE eta Nafarroa eskumenak bereganatzen joan ziren Estatuak transferentziak egin ahala, eta euren autogobernua gorpuztuz joan ziren (dena dela, aipagarria da 45 urteren ondoren, lerro hauek idazterako unean, oraindik ere 25³⁷ eskumen daudela EAERI transferitu barik, Nafarroaren

³⁴ LUCAS VERDÚ, P., “Los Derechos Históricos como Constitución sustancial del Pueblo Vasco”. *II Euskal Kongresu Mundiala. Euskal eskubide historikoei buruzko kongresua*, Herri Ardularitza Euskal Erakundea, Oñati, 1988, 304. eta hurrengo orr., hurrengo lanetik hartua: LARRAZABAL BASAÑEZ, S., *Contribución...*, *op. cit.*, 480. or.

³⁵ PORRES AZKONA, J., *Política y Derecho*. Los derechos históricos vascos. Oñati: Herri Ardularitza Euskal Erakundea, 1992, 143. or.

³⁶ LOJENDIO IRURE, I. M., “La Disposición Adicional Primera y los derechos históricos”. *Revista Vasca de Administración Pública*. 1985, 12. zk., 112. or.

³⁷ MARTÍNEZ, M., “Euskadi asume las competencias de permisos de trabajo para extranjeros y meteorología”. *El Economista*. 2025eko martxoaren 6a. <https://www.economista.es/economia/noticias/13253440/03/25/euskadi-asume-las-competencias-de-permisos-de-trabajo-para-extranjeros-y-meteorologia.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 19an).

kasuan kopurua 8koa³⁸ delarik). EA Eren kasuan, gainera, bere baitan foru-lurralde bat baino gehiagoz eratuta dagoenez, foru-lurraldeen edo Lurralde Historikoen eta Autonomia Erkidegoaren arteko eskumen-banaketa egin zen, azaroaren 25eko Autonomia-Elkarte osorako erakundeen eta bertako Kondaira-Lurraldeetako foruzko ihardutze-erakundeen arteko harremani buruzko 27/1983 Legearen (LHL, Lurralde Historikoen Legea izenez ezagunagoa) bidez. Izan ere, hiru lurraldeen artean erakunde erkidea eratzean, lurraldeek forutasuna Estatuarekiko ez ezik autonomia-erkidegoarekiko ere egikaritzen dute.

LHLan garbi ikusten da foru-lurraldeei esleitzen zaizkien eskumenak erregimen orokorreko probintzietatik askoz haratago doazela. Erakuslerik argiena lurralde bakoitzaren Foru Ogasunak dira, Ekonomia Itunaren bidez finantza-autonomia oso handia eskeintzen dietenak. Eskumen hauek eskubide historikoetan dute oinarri, itunok 1878an baitute jatorria, foruen abolizioaren ostean Espainiako Gobernuak lurralde historikootan zergak biltzeko modua berori izatea ezarri baitzen. Bistakoa denez, probintziek ez dute halako eskumenik. Gainera, foru-lurraldeek, aldundiak ez ezik, parlamentu propioak ere badituzte: Historian zehar izan dituzten Batzar Orokorrak. Batzarrotan onarturiko arau fiskalak, halaber, lege-lerruna izan ez arren, KAren aurrean baino ez dira aurkaragarri, Konstituzio Auzitegiari eta Botere Judizialari buruzko lege organikoen eraldaketari buruzko 1/2010 Lege Organikoak, otsailaren 19koak, ezarri legez, zeinak administrazioarekiko auzien ordenatik at utzi zituen.

Bestalde, EAE foru-lurraldeez osatuta egonik, zalantza piztu liteke eskubide historikoen titulartasunaren inguruan: lurralde historikoei baino

³⁸ ENCINAS, J. eta ORTEGA, A., “Navarra acuerda el traspaso de más competencias 20 años después”. *Noticias de Gipuzkoa*. 2021eko apirilaren 21a. <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/politica/2021/04/21/navarra-acuerda-traspaso-competencias-20-3700080.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 19an).

ez dagozkie, ala autonomia-erkidegoari eskualdatu zaizkio autonomia egikaritze aldera? 11/1984 KAEan aurki daiteke erantzuna:

“Lurralde historikoen eskumenen iturriak, alde batetik, eta Autonomia Erkidegoenenak, bestetik, ezberdinak behar dute izan. Foru-lurraldeak Konstituzioaren eta Autonomia Estatutuaren markoan errespetatuak, babestuak eta eguneratu beharrekoak diren ‘eskubide historikoen’ titularrak dira, Konstituzioaren lehenengo xedapen gehigarriak xedatutakoaren arabera; hortaz, lurralde horien eskumenen mugatzeak ‘eskubide’ horiek zeintzuk diren inguruko ikerketa historikoa galda dezake. Autonomia Erkidegoen eskumenak hauek, Konstituzioak ezarritako markoan, bakoitzaren Autonomia Estatutuen bidez bereganatutakoak direlarik, Konstituziora, Autonomia Estatutueta eta aurrekoen markoan emandako eskumenak mugatzen dituzten beste balizko arauetara jo beharko da, hortaz, Erkidego bakoitzari dagozkionak zeintzuk diren ezagutzeko”³⁹.

HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN ez dator bat KAren interpretazioarekin:

“Eskubide historikoak, Konstituzioaren Lehenengo Xedapen Gehigarrian aurrekotzat onartuak, Estatutuak eta beste ondorengo arauak eguneratzen dituzte eta haietan, Araba, Bizkaia eta Gipuzkoari Eskubide horien eguneratze gisa eskumenak onartzen zaizkien eran, EAE Foru Lurralde berri gisa eratzen da, Eskubide Historiko propioen titular”⁴⁰.

Egile berak dioen bezala, EHAEaren aurretik hiru lurraldeon eskubide historikoak ezberdinak izaki, logikoagoa litzateke Estatutuak lurralde bakoitzarenak fusionatu dituela eta, beraz, eskubide historikoen titularrak Araba, Bizkaia, Gipuzkoa eta Nafarroa zein EAE direla.

Sor litekeen hurrengo ezbaia eskubide historikoek gaur egun izan dezaketan norainokoa da. Izan ere, EKak ez ditu definitzen zeintzuk di-

³⁹ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1984ko otsailaren 2koa, 11/1984 zk., 4. ZO.

⁴⁰ HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *Derechos Históricos y Constitución. op. cit.*, 143. or.

ren foru-lurraldeei eskubide historikoen kariaz dagozkien eskumenak, LHLak eta Foru Hobekuntzaren Legeak zerrendatu behar izan dituztelarik. Pentsa liteke, EKren LXGaren eta Xedapen Indargabetzailearen interpretazio zabal bat eginez eta EHAEaren zein FHLaren xedapen gehigarriekin lotuz, XIX. mendean foruzaleek eta XX.ean abertzaleek zeuzkaten tesiak bete zitezkeela eta foru-lurraldeei burujabetza aitortzen zitzaizela. Alabaina, Konstituzio Auzitegiak, bere apirilaren 26ko 76/1988 Epaian, halakorik ez dagoela ematen du aditzera:

“[Eskubide historikoak] eduki aldakorreko foru-erregimenetan datzate, Antzinako Erregimeneko Monarkiaren berezitasunak (foru-pasea, aduana-erregimena, kinta-salbuespena, antolamendu judizial propioa) ez direlarik, logikoa den moduan, konstituzio-erregimenean mantendu zirenekin alderagarriak”⁴¹.

Ondorioz, eskubide historikoen kontzeptua era murriztaileagoan interpretatu da, foru-lurraldeek ezin izango lituzketelarik EKren baitan Historian zehar edukitako eskumen guztiak berreskuratu. Epaia berean, KAK, foru-lurraldeen eraentza eta finantza-arloan duten autonomia kontuan hartuta era harrigarrian, eskubide historikoak eskumen-iturri direla ere ukatzen du:

“EKren Lehenengo Xedapen Gehigarriaren gogoeta osoki eginda, konstituzio-aginduekin eta Konstituzioak aurreikusten duen lurralde-egitura berriarekin lotuta, ondorioztatzen da Konstituzioak egiten duen foru-lurraldeen eskubide historikoen bermea edo, literalki, babesa eta errespetua ezin dela legezki historikotzat jo daitekeen edozein eskumenen bermetzat hartu; Auzitegi honek bere 123/1984 KAE, abenduaren 18koan, 3. zuzenbide-oinarrian adierazi zuen bezala, eskubide historikoen ideia ezin daiteke eskumen zehatzak eman ditzakeen titulu autonomotzat hartu. Konstituzioak babesten eta errespetatzen duena ez da historikoki

⁴¹ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1988ko apirilaren 26koa, 76/1988 zk., 2. ZO.

egikaritutako botere, ahalmen edo pribilegioen batura bat, lurralde-korporazioen eskubide subjektibo eran, Historiak babestutako titulartasun- edo egikaritze-eskumenetan eratoritzeko modukoak. EKren Lehenengo Xedapen Gehigarriaren bigarren paragrafoan dioenez, bermatzen dena foru-erregimen baten existentzia da, hau da, lurralde historiko bakoitzaren lurralde-autogobernuko erregimen propio batena, hots, bere forutasunarena, baina ez historikoki bereizgarri izan dituzten eskubide guztiena. Konstituzio-bermeak esan nahi du forutasunaren edukiak antolamendu-ezaugarrietan zein bere botere-eremu propioan foru-erregimen tradizional horren irudi identifikagarria mantendu behar duela⁴².

Beraz, forutasuna erregimen berezian datzala aitortzen du Konstituzionalak, baina inola ere ez Historian zehar eduki duen esanahiarekin. Gainera, geroago, konstituzio-berme horren edukia zehazten du:

“Foru-berme horren edukia, Autonomia Estatutuaren xedapenen aplikaziorako eta interpretaziorako beharrezko erreferentzia-puntutzat agertzen dena, bere 37. artikuluan dator zehaztuta. Eta hau inolaz ere “azalpen hutsekotzat” edo adibidezkotzat jo ezin daitekeen eran burutzen da, errekurtsogileek argudiatu gisa. Aitzitik, lurralde historikoei dagozkien bi eskumen-mota zehazten ditu:

a) Zuzenean Estatututik eratorritako eskumen eskusiboak: 3. atalaren a)-tik e)-ra arteko azpialetan berariaz zerrendatutakoetan eta 1. azpialetaren lehenengo tartekian, “Estatutu honetan zehaztutako guztiak”, barnebildutakoetan datzate.

b) Erkidegoaren botereen jardun zehatzaren bidez zehaztu beharreko eta “transferituak izan daitezkeen” eskumen eskusiboak, Estatutuak nork transferitu zehazten ez duelarik, zein “Eusko Legebiltzarrak adierazitako arloen garapen normatiboa eta betearazpena, euren lurralde barruan” (37.4 art.) barnebiltzen dituztelarik.

⁴² KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1988ko apirilaren 26koa, 76/1988 zk., 4. ZO.

Hala, preskripzio estatutarioagatik, foru-erregimenaren nukleo eztabaidezin bat —eta gutxienekoa, berau gabe forutasunaren irudia bera desagertuko litzatekeelarik— eta, gainera, erregimen horren hedapen-eremu bat, beste organo batzuen jardunaren araberakoa, agertzen dira. Forutasunaren nukleoari eskumen gehigarriak transferitzeko edo esleitzeko aukera ikus daiteke, beraz, eskumenok Autonomia Estatututik zein Konstituzioaren 150.1 eta 2 artikuluan aurreikusitako prozeduretatik eratorri daitezkeelarik”⁴³.

RAZQUÍN LIZARRAGAK horrela aztertzen du aipatu berri den foru-berme horren edukia:

“Eskumen «foralak» legegile arruntarentzat, estatala edo autonomikoa, ezezagunak ezin izan daitezkeen eskumenak dira, bere berme instituzionala eratzen duen forutasunaren nukleo eztabaidezinaren barruan sartzeagatik. Aitzitik, gutxieneko nukleo identifikatzaile horretatik kanpo esleitutako eskumenak aldakorrak dira, Legegilea baita momentu oro Lurralde Historikoei zein eskumen eslel dakizkiekeen erabaki dezakeena. Ondorioz, gehitu, aldatu edo ezabatu daitezkeen eskumenak dira, horrek forutasunaren nukleoari eragitea esan nahi ez duelarik. Eta hala Arbitraje Batzordeak erabaki du Eusko Legebiltzarrak Lege bidez baino ezin dituela eskumen horiek (forutasunaren nukleoari ez datzekiote-nak) murriztu, halaber LHLaren aurretiazko edo une bereko aldaketaren bidez eta ez era implizituan egin behar delarik”⁴⁴.

⁴³ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1988ko apirilaren 26koa, 76/1988 zk., 6. ZO.

⁴⁴ RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., “La organización interna de los territorios forales”. *Documentación administrativa. Nueva época*. 2016ko urtarrila/abendua, 3. zk., 73. or. https://app-vlex-com.proxy-oceano.deusto.es/search/jurisdiction:ES+content_type:4+aplicaley:79729668/*/p2/vid/675609069 (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 20an).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ bat dator KAREN iritziarekin: LXGaren edukia forutasunaren erakunde-bermean datza⁴⁵. Bere tesia ondo azaltzen du LARRAZABAL BASÁÑEZek:

“Errespetua ez dagokio eskubide-multzo bati, sistema bati baizik: foru-erregimena. Bermatu behar dena forutasunaren irudi zehatz bat da, funtsezko hiru osagairi eragiten diena: antolamendu zehatz bat (Batzar Orokorrak eta Foru Aldundiak), eskumen-eduki jakin bat (erreferetzia Konstituzioa idazteko unean Arabak zuen erregimena zelarrik) eta erakunde mugakideekiko harreman-sistema bat, goitik Estatua eta Autonomia Erkidegoa eta behetik, Udalerria”⁴⁶.

PORRES AZKONAK, alabaina, forutasunaren erakunde-bermearen teoriari ahultasun bat aurkitu dio: forutasunaren kontzientzia soziala lausotu heinean, bere edukia botere legegile arruntaren menpe geratzen da, eskubide historikoak deuseztuz⁴⁷.

Zenbait urte beranduago ere, Arabako, Bizkaiko eta Gipuzkoako forupoliziak Ertzaintzan batu zirenean, kolokan jarri zen hala egiteak ez ote zuen foru-erregimena hausten. Izan ere, eskumen hauek EKren LXGan zuten jatorria. Konstituzio Auzitegiak, ordea, ez zuen halakorik ikusi, marko autonomikoan foru-erregimenaren eguneratzearen barneko jarduntzat joz, bere 159/1993 Epaian, maiatzaren 6koan, dioenagatik:

“Xedapen horrek ([EHAren] 37.2 artikulua [“Estatutu honetan xedatutakoak ez du ekarriko lurralde historiko bakoitzak bereak dituen foru-araubidearen izaeraren zein bakoitzak bereziak dituen araubidearen eskumenen aldaketarik”]) ez du esan nahi Estatutuak ez dakarre-

⁴⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Los derechos históricos de los Territorios Forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración Foral Vasca*. Madril: Civitas/Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 45-112. orr.

⁴⁶ LARRAZABAL BASÁÑEZ, S., *Contribución...*, *op. cit.*, 484. or.

⁴⁷ PORRES AZKONA, J., *Política y Derecho...*, *op. cit.*, 119. or.

nik historikoki zehaztutako foru-erregimenaren eta dagokion eskubide historikoen multzo zehaztugabearen inolako mugarik. Hala balitz, Estatutuak ezin izango luke, noski, inolako eguneratzerik burutu, EHAE 37.2 artikulua, beraz, berme- eta interpretazio-klausula bat delarik, foru-erregimenak bere estatutu-definizioan, errespetu eta babesarekiko, lehenasunezko tokian jartzen dituena, EAeko erakunde erkideekiko zein Estatuaren botere zentralakiko; Estatutuak berak zehazten dituen foru-erregimenak euren funtsezko edukiarekiko, ukiezina botere autonomiko edo estatalentzako⁴⁸.

Hurrengo urteetan, jurisprudentzia eskubide historikoen irismena definituz joan zen, prozesu autonomikoaren garapenaren markoan. Izan ere, zenbait erkidegok eskubide historikoen kontzeptua erabili nahi izan zuten eskumenak bereganatzeko argudiotzat, eta KAK xedapen horien konstituziotasunari buruzko azterketak egin behar izan zituen. Hala, nahiz eta ez zituzten foru-lurraldeak ukitzen, prozesu ugaritan foru-erregimena eztabaidatua izan zen. Adibide garbia da 88/1993 KAE, martxoaren 12koa, zeinean Espainiako Gobernuak konstituzio-kontrakotasuneko helegitea jarri zuen Aragoiko lege baten aurka ustez EK 149.1.8 artikularen arabera Estatuak legegintza zibilean duen eskumena urratzeagatik. Eskubide historikoak jorratzen dituen epaiaren atala hurrengoa da:

“EKren Lehenengo Xedapen Gehigarriaren zentzua ez da forutasun zibilaren konstituzio-erregimena bermatzea edo ordenatzea (149.1.8 artikuluan eta EKren Bigarren Xedapen Gehigarrian baino ez aurreikusia), baizik eta, aipatutako Xedapenak jarritako mugekin, iraganean Nazioaren lurraldeko zenbait zati jakin batzuk nabarmendu zituzten berezitasun juridiko-publiko batzuk Konstituzio osteko ordenamenduan integratzea eta eguneratzea ahalbidetzea⁴⁹.”

⁴⁸ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1993ko maiatzaren 6koa, 159/1993 zk., 6. ZO.

⁴⁹ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1993ko martxoaren 12koa, 88/1993 zk., 1. ZO.

Beste adibide bat aurki dezakegu 214/1989 KAEan, abenduaren 21koa. Galiziak eta Kataluniak Toki Araubidearen Oinarriak arautzen dituen apirilaren 2ko 7/1985 Legearen (TAOL) artikulua batzuk aurkaratu zituen, erkidegoen eskumenak inbaditzeagatik Konstituzioaren aurkakoak zirelakoan. Argudioetako bat foru-lurraldeetan manu horiek ez aplikatzeak (TAOLaren bigarren eta hirugarren xedapen gehigarrien kariaz) artikulua horiek oinarritzakoak ez zirela esan nahi zuela izan zen. Honela ezetsi zuen KAK argudioa:

“Errekurtsogileek erabilitako argudioa ezin da onartua izan, zeren eta, nahiz eta salbuespenezko erregimen bat aurreikusten duten arauak oinarri-izaerarik izan ezin dezaketela azpimarratu nahi duten, [...] kontuan hartu behar da salbuespen hori, kasu honetan, Konstituzioaren lehenengo xedapen gehigarrian oinarriturik dagoela. [...] TAOLak, 2. xedapen gehigarrian, beraz, konstituzio-agindua aitza hartu baino ez du egin, antolamendu-arloan foru-erregimen horren berezitasuna gordez, Konstituzioarekin berarekin guztiz bateragarriak diren termino eta irismenean. Horregatik, errekurtsogileek ezin dute eskatu Lurralde Historikoei aitortutako eskubideak Kataluniako eta Galiziako Erkidegoei hedagarriak izatea toki-erregimenaren arloan Euskal Autonomia Erkidegoak dituen eskumen berberak bereganatu izate hutsagatik, Lurralde Historikoei aitortutako izaera partikular edo salbuespenezkoa dela-eta”⁵⁰.

Epairen garrantzia dela-eta, AURTENECHÉ GOIRIENAK “KAK foru-lurraldeen eskubide historiko eguneratuek oinarri-izaerako xedapen estatutalen aplikagarritasuna mugatzen dutela argi eta garbi onartzen duen lehenengo epaia”⁵¹ dela dio. Azken urteetan, gainera, KA zenbait aldiz

⁵⁰ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1989ko abenduaren 21ekoa, 214/1989 zk., 26. ZO.

⁵¹ AURTENECHÉ GOIRIENA, J. L., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los Derechos Históricos de los Territorios Forales: aspectos generales y proyección sobre las competencias estatutarias de raíz histórica”. *Iura Vasconiae*. 2019, 16. zk., 272. or. <https://>

mintzatu da eskubide historikoen norainokoaz eskumen-iturri gisa. Aipatu berri dugun KAre iritziaren ildotik, esate baterako, auzitegi berak honakoa zioen 65/2024 Epaian:

“[Nafarroaren] eskumena kontratazio-arloan bere foru-erregimenetik eratorritako eskumen esklusibo bat da, kontuan hartu behar delarik, hortaz, kontratazio publikoari buruzko oinarrizko legeriaren xedapen guztiek ez dutela Nafarroako Foru Erkidegoak eskumena egikaritzearekiko eragin mugatzailea luzatuko, baizik eta arlo horretan Estatuko oinarrizko legeriaren funtsezko printzipioak gorpuzten dutenek baino ez”⁵².

173/2014 KAEan, urriaren 23koa, Nafarroaren kasuan eskumen historiko batek halakotzat hartzeko bete behar dituen ezaugarriak zehaztu zituen:

“Nafarroak eskumen legegile bat izan dezan [...], Konstituzioaren lehengo xedapen gehigarriak babestutako eskubide historiko batean oinarrituta, hiru baldintza bete beharko lirateke: eskumen hori historikoki foru-erregimen nafarraren zati izatea, Nafarroako Foru Eraentza Berrezarri eta Hobetzeari buruzko Lege Organikoaren bidez bereganatu izatea eta bere bizirautea Konstituzioarekin bateragarri izatea”⁵³.

Halaber, garrantzizkoa da ere 118/2016 KAE, ekainaren 23koa. Bertan, 1/2010 Lege Organikoak Arabako, Bizkaiko eta Gipuzkoako foru-erakundeei “foru-autonomiaren defentsarako gatazka” erabiltzeko beta ematen diena eskubide historikoen babeserako, balizko esku-

dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7172093 (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 20an).

⁵² KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2024ko apirilaren 11koa, 65/2024 zk., ECLI:ES:TC:2024:65, 4. ZO.

⁵³ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2014ko urriaren 23koa, 173/2014 zk., ECLI:ES:TC:2014:173, 3. ZO.

men-inbasioa dakarten arauak KAren aurrean aurkaratuz. Probintziekiko pribilegio bat zelakoan errekurritu zen xedapen hori, baina KAK ezetsi egin zuen, hurrengoa argudiatuz:

“Euskal lurralde historikoek erregimen erkideko probintzienarekiko desberdina eta zabalagoa den eskumen-esparru batean gauzaten den berezitasun bat dute, konstituzional eta estatutarioki bermatutako foru-erregimenetik datorrena [...]. Berezitasun horren babeserako sortu da foru-autonomiaren defentsarako gatazka, “legegile estatalaren balizko erasoan aurrean bide konstituzionaletik bere foru-erregimena defendatzeko Euskal Autonomia Erkidegoko lurralde historikoei errekonozimendu-gabeziaren ondoriozko euskal forutasunaren konstituzio-babesaren defizita” ebazteko modu bezala”⁵⁴.

Hala ere, KAK, 2382/2016 Epaian, foru-erakundeei lege-lerruneko arauak onartzeko eskumenik ez dutela dio (euren kabuz autonomia-erkidego izan ezean):

“Begi-bistakoa da EHAEak ez dituela Batzar Orokorrak ganbera legegiletzat eratzen eta, era berean, argia da ezin dituztela lege-lerruneko arauak egin. Konstituzio-sistema espainiarrean, [...] Euskal Autonomia Erkidegoaren lurralde-esparruan, Eusko Legebiltzarra baino ez da botere legegilea egikaritzen duena [...]. Eta, ildo honetatik, [LHLak] ezartzen du lege-lerruneko arauak emateko eskumena eksklusiboki Legebiltzarrari dagokiola”⁵⁵.

Azken baieztapen hau gorabehera, argi geratzen da foru-lurraldeei Estatuko gainerako lurraldeei edo probintziei baino eskumen gehiago dagozkiela Ekonomia Itunaren esparrutik haratago, foru-lurraldeok euren

⁵⁴ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2016ko ekainaren 23koa, 118/2016 zk., ECLI:ES:TC:2016:118, 4. ZO.

⁵⁵ KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2016ko urriaren 28koa, 2328/2016 zk., ECLI:ES:TS:2016:4674, 1. ZO.

kabuz autonomia-erkidegoan eratu zein ez, EKren VIII. Tituluaren kariaz autonomia-erkidegoek bereganatu ditzaketen gainerako eskumenei kalte egin gabe.

IV. ESKUBIDE HISTORIKOEN EUSKAL BIZIKIDETZA POLITIKOAN JOKA DEZAKETEN PAPERARI BURUZKO HAUSNARKETA

Azaldu denez, foru-erregimenak eta horietatik eratorritako eskubide historikoak Araba, Bizkaia, Gipuzkoa eta Nafarroan ondo errotutako kontzeptu juridikoak dira, euren autogobernuaren oinarri. Halaber, euren egitate nazionalaren edo, nahiago bada, gutxienez, bereziaren funtsezko atal dira. Hori dela-eta, eta orduko egoera soziopolitiko kontuan hartuta, itxaropenez hartu zen EKren Lehenengo Xedapen Gehigarria, uste baitzen hiritargoak galdatzen zuen autogobernu-maila zabalari bide emango zion tresna juridikoa izango zela.

Izan ere, aintzat hartu beharrekoa da ildo honetan HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓNEN iritzia eskubide historikoek betetzen duten funtzioaren inguruan:

“Konstituzioak aitortutako eta babestutako Eskubide Historikoek, beraz, nazioaniztasun espainiarra adieraziko lukete. Nazioaniztasun heterogeneoa eta, hala izanik, asimetrikoa Espainiako gainerako lurraldeekiko. Espainian Eskubide Historikoen titularrekiko orain dela mende bat Europa erdialdean zentralismo austriarraren aurka entitate historiko-politikoekiko baieztatzen zena errepika liteke [...]. Horrexegatik, Nafarroako Foru Erkidegoa ez da Autonomia Erkidego bat, ezta Bizkaiko Lurralde Historikoa probintzia bat [...]. Frogatzeko argudio juridikoak, euren egitura eta eskumenei erreparatuz, ugariak eta boteretsuak dira, baina egitateen arau-indarra, are eztabaidaezinagoa. Han berezko nortasunaren

kontzientzia zabal egonkorra eta errotua existitzen da, tartean hizkuntzan, zuzenbidean, tradizio politiko eta instituzionalean oinarritua, eta hala sentitze hutsa nahikoa da ezberdina izateko. Egitate berezi batzuen historikotasunak, denboran zehar hedatuak eta afektiboki kargatuak, Eskubide Historikoak funtsatzen ditu⁵⁶.

Alabaina, XVIII. mendetik aurrera Espainiako botereek foru-erregimenari buruzko interpretazio murriztaileari jarraipena emanez (era leunagoan bada ere), eskubide historikoon edukia mugatzen joan da Estatuko legeria eta KAREN jurisprudentzia, EHAEaren eta FHLaren izpirituen aurka. CLAVERO SALVADORrek gaitzetsi egina du:

“Konstituzioa jada ez da abertzaletasun espainiarraren presuntzio historiografikoekin bakarrik irakurri behar, Nazio bakar baten aurrezistentziarekin, foru-abertzaletasunaren berezkoekin batera baizik, Nazio ugariaren koexistentziaren postulatuarekin [...] Konstituzionalismo espainiar askok euskal publizismoarekiko ezjakintasun larriegia du⁵⁷.

Hain zuzen, izpiritu hori “konstituzio-funtzio” bezala definitzen du Eusko Jaurlaritzak, eta bere galera salatzen du Gernikako Estatutua ez betetzearen ondorio kaltegarriari buruzko txostenean:

“[Estatuko lurralde-ereduaren] hondatze hori proiektatzen da, Euskal Herriaren identitate politiko eta juridikoaren aitortzearen ez ezik, berezitasun horretatik sortu eta Estatutuan jaso ziren ahalmen eta eskumenen multzoan, gure autogobernua hutsaldu nahian. Horrek guztiak Estatutu aldatua ekarri digu, babesik gabe hondoratu. [...] Izan ere, toki hori ez dagokio, ez izaera juridiko konstituzionalagatik, ez onartzeko

⁵⁶ HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., “Los Derechos Históricos y el principio pactio”. *Ius Fvgit.* 2007–2008, 15. zk., 40. or.

⁵⁷ CLAVERO SALVADOR, B., “Derecho Histórico (vasco) y Derecho Constitucional (español)”. Ondoko lanean: HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. eta LLUCH MARTÍN, E. (zuz.), *Foralismo, Derechos históricos y Democracia*, Bilbo: Fundación BBV, 1998, 282. or.

prozedura bereziagatik, ez herritarren behar beharrezko berrespenagatik, ez Espainiako Konstituzioaren lehenengo xedapen gehigarriarekin duen loturagatik”⁵⁸.

Halaber, berrogei urte baino gehiagoren ostean EHAEan eta FHLan jasotako eskumenak oraindik ere EAERI eta Nafarroari guztiz transferitu gabe egoteak hiritargoak testu horiekiko (eta EKrekiko) mesfidantza handitu du; batez ere, EAEko lurraldeetan.

Mesfidantza horrek eskubide historikoetan oinarritutako Estatuaren eta foru-lurraldeen arteko harreman berria eskatzen du, sentsibilitate politiko guztiak asebeteko dituena. Izan ere, eskubide historikoez eta LXGak, lan honetan adierazi den bezala, Estatuaren egitura asimetrikoa ahalbidetzen dute, KAren jurisprudentziak berak aitortu duen bezala. Bi abantaila nagusi izango lituzke bide honek: batetik, gizartearen hein handi batek errespetatutako figura erabiltzeak beste aukerek baino aurkakotasun txikiagoa izango luke, adostasuna erraztuz; bestetik, jada ordenamenduak jasota egonik, ez litzateke beharrezkoa izango Konstituzioa eraldatzea, 168. artikuluan aurreikusitako prozedura luze eta konplexua saihestuz.

Alabaina, bide honek desiragarriak diren emaitzak emateko, behar-beharrezkoa litzateke Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentzia-lerroan 180 graduko bira bat. Izan ere, foru-erakundeen eta EAEko erakunde erki-deek azken urteotan eman dituzten ebazpen eta arau ugarien deuseztatpenak (esate baterako, funtzio publikoan lan egiteko euskararen eskakizuna gehiegizkotzat jotzeagatikoak) tirabirak eta haserrea piztu ditu gizartearen zati ez txikien baitan.

⁵⁸ EUSKO JAURLARITZA. *Gernikako Estatutua ez betetzearen ondorio kaltegarriei buruzko txostena*. Gasteiz: Eusko Jaurlaritza, 2015, 175-176. orr.

Hala, aukeretako bat foru-lurraldeek, euren eskumenen egikaritzean Estatuaren oinarrizko legeriaren aurka egiten badute, salbuespeneko erregimen bat eratzea izan liteke, TAOLaren kasuan egin bezala, historikoki egikaritutako eskumenen arloan foru-lurraldeek askatasunez arauak eman ahal ditzaten. Halaber, EHAEaren zein FHLaren xedapen gehigarriak kontuan harturik, egungo erregimena onartzeak Historiaren kariaz legozkiekeen eskubideei uko egiterik esan nahi ez duela diotenak, forutasunaren esentziara itzultzea funtsezkoa litzateke; hau da, Estatuaren eta foru-lurraldeen arteko itun-printzipiora, aldebiko harremanera itzulita. Aldebiko harreman hori azken bi legeen bidez gauza liteke, beharrezkoa izatekotan eraldatuz. Testu horiek onartzeko unean izan zuten itun-izaera berreskuratu behar dute, foru-lurraldeetako hiritargoak, eta ez besterik, erabakiz zein eskumen esleitu nahi dizkien foru-erakundeei, zeintzuk erakunde autonomiko erkideei (Araba, Bizkaia eta Gipuzkoaren kasuan, gaur egun, eta Nafarroarenean, EAERI batzekotan), zeintzuk Estatukoei eta zeintzuk europarrei.

Azkenik, aldebikotasun eraginkorra orokorrean zein eskumen-banaketa hau zehazki bermatuta egon daitezen, komenigarria litzateke eskumen-arazoak ebazteko Konstituzio Auzitegiaren sala berri bat eratzea, Estatuko erakundeek, euskal erakunde autonomiko erkideek eta foru-erakundeek era parekidean izendatutako kideez osatua, kasuan kasuko erakundeek izendatutako kideek hartuko luketelarik parte.

Era honetan, foru-lurraldeetan dagoen gatazka politikoa gainditzeko urrats emankorrak emango lirateke, eskubide historikoen figurari zor zaion errespetua gordeta eta Estatuaren eta foru-lurraldeen arteko errespetuzko harremana eratuz.

V. ONDORIOAK

LEHENA.— XVIII. mendetik aurrera, Estatuak eta foru-lurraldeek foru-erregimenarekiko zuten kontzepzioen arteko arrakala era espontzialean handitu zen, zentralismoaren eta forutasunaren arteko gatazka piztuz. Konstituzionalismo espainiarrak foruak pribilegiotzat jo zituen, nahitaezkoa omen zen batasun konstituzionalarekin bateraezina zelakoan. Foru-lurraldeetan, aldiz, pribilegioen ordez jatorrizko legeria propioak zirela defendatzen zen, bertan errege edo jaunarekin ituntzen zelarik zein botere utziko zitzaion eta zein eskumen gordeko zituzten foru-erakundeek. XIX. mendean, Espainiako Gorteek foru-erregimenak eskumen gehienez gabetu zituzten, 1839ko urriaren 25eko Legearen eta ondorengo bidez. Nafarroak autonomia adostu zuen 1841ko Hobe-kuntzaren Legean, baina Arabak, Bizkaiak eta Gipuzkoak uko egin zioten Estatuarekin negoziatzeari, eta 1876ko uztailaren 21ko Legean euren foruak guztiz abolitu ziren. Alabaina, 1878an hiru lurralde horietarako lehenengo Ekonomia Ituna ezarri zen, autonomia fiskala onartuz.

BIGARRENA.— Eskubide historikoak foru-lurraldeen autogobernuaren oinarri juridikoa osatzen dute. Izan ere, Historian zehar izan dituzten erakunde propioek jarraikortasuna dute gaur egun, eta lurraldeek eskumenak bereganatu ahal dituzte eskubide historikoen kariaz, 1978ko Konstituzioaren Lehenengo Xedapen Gehigarriaren babespean. Halaber, xedapenak araubide aurrekonstituzional bati erabateko izaera inperati-boa ematen dio, foru-erregimenen babesa halabeharrez bete beharreko agindu konstituzionala bihurtuz, botere publikoek haiekiko errespetuz jardun behar dutelarik.

HIRUGARRENA.— 1978ko Konstituzioak eskubide historikoak aitortzen eta babesten ditu, baina eguneratzea galdatzen du. Beraz, foru-lurraldeek dagozkien eskumenak egikaritu ahal izan ditzaten, eskubide historikoak eguneratu behar dira, autonomia-estatutuen eta Konsti-

tuzioaren markoaren barnean. Hala, Araba, Bizkaia eta Gipuzkoak Euskal Autonomia Erkidegoa eratu zuten, Euskal Herriaren Autonomia Estatutuaren bidez autogobernura iritsiz. Nafarroak, aldiz, foru-komunitate gisa iritsi zen autogobernura, Foru Hobekuntzaren Legearen bidez. Bi testuek jasotzen dituzte eskubide historikoak, bai eta ez dietela uko egi-ten Historiaren kariaz legozkiekeen gainerako eskubideei.

LAUGARRENA.— Foru-lurraldeek Estatuko gainerako lurraldeekin alderatuta plus konpetentzial bat izan dezakete. Hori dela-eta, eskumen historikoak egikari ditzakete, hala nola zerga-arloan, trafikoan edo polizia propioan. Muga, Foru Hobekuntzaren Legearen 2.2 artikulua dioen legez, batasun konstituzionala da. Hala, eskubide historikoak, nahiz eta eguneratu behar diren, Estatuaren egitura asimetrikoa justifikatzeko arrazoi izan daitezke, berezitasun historiko eta juridikoetan baitatzate, Konstituzio Auzitegiak bere 118/2016 Epaian aitortu bezala.

BOSGARRENA.— Konstituzio Auzitegiak eskubide historikoei eskumen-iturri autonomoa izatea ukatzen die. Auzitegiaren jurisprudentziaren arabera, eskubide historikoez ez dituzte, berez, eskumen zehatzak sortzen, bere funtzioak foru-erregimenaren nortasun instituzionala babestean datzatelarik. Eskumenak, hortaz, Konstituzioaren VIII. Titulutik eta autonomia-estatutuetatik (edo, hala badagokio, transferentzia-legeetatik) eratortzen dira. Alabaina, horrek kontraesankorra dirudi aurreko ondorioan baieztatutakoarekin, batez ere zerga-arloan foru-lurraldeek duten autonomia aintzat harturik, zeina ez dagokien gainerako lurraldeei EKren Lehenengo Xedapen Gehigarria ez zaielako aplikagarri, hain zuzen ere.

SEIGARRENA.— Arabak, Bizkaiak eta Gipuzkoak, Euskal Autonomia Erkidegoa osatu arren, eskubide historikoen titulartasuna izaten jarraitzen dute. Hau da, foru-lurraldeek, nahiz eta erakunde erkideak eratu, ez dituzte euren bano ez datzekien eskubide historikoak galdu eta autonomia-egi-

tura horren baitan egikaritzen dituzte. Horretarako, erakunde erkideen eta foru-erakundeen arteko eskumen-banaketa Lurralde Historikoen Legean egiten da. Hortaz, foru-lurraldeen autonomia, 11/1984 Konstituzio Auzitegiaren Epaian adierazten den gisa, eskubide historikoetatik dator; Euskal Autonomia Erkidegoarena, aldiz, Autonomia Estatutututik.

ZAZPIGARRENA.— Eskubide historikoek eduki dezaketen irismena eztabaidatua da, juridikoki zein politikoki. Izan ere, Lehenengo Xedapen Gehigarriak kontzeptu irekia ematen du, definitu gabekoa. Hori dela-eta, era desberdinetan interpreta daiteke. Alabaina, kontzeptuak berak gizar-tean gozaten duen adostasunagatik, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentzian interpretazio zabala txertatzea izan daiteke gatazka gaınditzeko konponbidea, foru-erregimenek zeukaten itun-izaerara itzuliz eta alde-biko harremana osatuz Estatuaren eta foru-lurraldeen (eta hauek osatutako autonomia-erkidegoen) artean.

VI. BIBLIOGRAFIA ETA ITURRIAK

6.1) Bibliografia

AURKENERENA BARANDIARAN, Joseba, “Muñagorri, bakea eta foruak”. *Zuzeu*. <https://zuceu.eus/euskal-herria/munagorri> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 2an).

AURTENECHÉ GOIRIENA, José Luis, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los Derechos Históricos de los Territorios Forales: aspectos generales y proyección sobre las competencias estatutarias de raíz histórica”. *Iura Vasconiae*. 2019, 16. zk., 201–305. orr. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7172093> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 20an).

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé., “Derecho Histórico (vasco) y Derecho Constitucional (español)”. Ondoko lanean: HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. eta LLUCH MARTÍN, E. (zuz.), *Foralismo, Derechos históricos y Democracia*. Bilbo: Fundación BBV, 1998, 261–286. orr.

ENCINAS, Javier eta ORTEGA, Alberto, “Navarra acuerda el traspaso de más competencias 20 años después”. *Noticias de Gipuzkoa*. 2021eko apirilaren 21a. <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/politica/2021/04/21/navarra-acuerda-traspaso-competencias-20-3700080.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 19an).

ETAYO ZALDUENDO, Jesús. *La reintegración foral de Navarra. Conferencia en el Círculo Carlista, dada el 31 de enero de 1919*. Iruñea: Casa Editorial Huarte, 1919. <https://lalealtad.wordpress.com/wp-content/uploads/2023/08/1919-la-reintegracion-foral-de-navarra-jesus-etayo.pdf> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 10ean).

EUSKO JAURLARITZA. *Gernikako Estatutua ez betetzearen ondorio kaltegarriei buruzko txostena*. Gasteiz: Eusko Jaurlaritz, 2015.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Los derechos históricos de los Territorios Forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración Foral Vasca*. Madril: Civitas/Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

GARCÍA PELAYO, Manuel, “El proyecto constitucional y los derechos históricos”, *El País*, 1978ko irailaren 24a.

HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, “Los Derechos Históricos y el principio pacticio”. *Ius Fugit*. 2007–2008, 15. zk., 35–54. orr.

—*Derechos Históricos y Constitución*. Madril: Taurus, 1998.

JIMENO ARANGUREN, Roldán, *Los fueros de Navarra*. 1. ed. Madril: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016.

LARRAZABAL BASÁÑEZ, Santiago, *Contribución a una Teoría de los Derechos Históricos Vascos*. Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 1996.

—“Evolución de los regímenes forales de las Provincias Vascongadas hasta 1876: desarrollo foral en la interinidad en Álava, Bizkaia y Gipuzkoa”. *Iura vasconiae*. 2012, 9. zk., 431–462. orr. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4194082> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 7an).

—“Ley de 25 de octubre de 1839, una historia de fueros y desafueros”. *Deia*. 2014ko urriaren 25a. <https://www.deia.eus/actualidad/2014/10/25/ley-25-octubre-1839-historia-5185104.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 5ean).

LARUMBE BIURRUN, Pedro María, “El régimen navarro en el franquismo”. *Gerónimo de Uztariz*. 1988, 2. zk., 49-54. or. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4813897> (Azken konsulta 2025eko apirilaren 16an).

LOJENDIO IRURE, Ignacio María, “La Disposición Adicional Primera y los derechos históricos”. *Revista Vasca de Administración Pública*. 1985, 12. zk., 97-124. orr.

LUCAS VERDÚ, Pablo, “Los Derechos Históricos como Constitución sustancial del Pueblo Vasco”. *II Euskal Kongresu Mundiala. Euskal eskubide historikoei buruzko kongresua*, Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea, Oñati, 1988.

MARTÍNEZ, Maite, “Euskadi asume las competencias de permisos de trabajo para extranjeros y meteorología”. *El Economista*. 2025eko martxoaren 6a. <https://www.economista.es/economia/noticias/13253440/03/25/euskadi-asume-las-competencias-de-permisos-de-trabajo-para-extranjeros-y-meteorologia.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 19an).

MEES, Ludger (koord.); DE LA GRANJA SAINZ, José Luis; DE PABLO CONTRERAS, Santiago eta RODRÍGUEZ RANZ, José Antonio. *La política como pasión*. 1. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

MONREAL ZIA, Gregorio, “Los Fueros Vascos en la Junta de Bayona de 1808”. *Revista Internacional de los Estudios Vascos*. 2009, 4. zk., 255-276. orr.

ORELLA UNZUÉ, José Luis, “Convenio navarro o Ley paccionada de 1841”. *Eusko Ikaskuntza*. <https://www.euskonews.eus/0706zkb/gaia70603es.html> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 5ean).

PEÑARANDA RAMOS, José Luis, “Disposición Derogatoria. Constitución y ordenamiento preconstitucional”. Ondoko lanean: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (koord.), *Comentarios a la Constitución Española*. XII. liburukia – 159. art. aurrera. Madrid: Edersa, 2006, 769-808. orr. <https://app-vlex-com.proxy-oceano.deusto.es/vid/339755> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 18an).

PORRES AZKONA, Juan, *Política y Derecho. Los derechos históricos vascos*. Oñati: Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea, 1992.

RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio, “La doctrina constitucional sobre los derechos históricos de los territorios forales: de la negación al reconocimiento”. *Revista Vasca de Administración Pública*. 1991ko urtarrila-apirila, 124 zk., 263-297.

orr. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/237331991124263.pdf> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 17an).

RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María, “La organización interna de los territorios forales”. *Documentación administrativa. Nueva época*. 2016ko urtarrila/abendua, 3. zk., 57-78. orr. https://app-vlex-com.proxy-oceano.deusto.es/search/jurisdiction:ES+content_type:4+aplica_ley:79729668/*p2/vid/675609069 (Azkenkontsulta 2025eko apirilaren 20an).

VÁZQUEZ DE PRADA, Mercedes, *Negociaciones sobre los fueros entre Vizcaya y el poder central, 1839-1877*. Bilbo: Bizkaiko Aurrezki Kutxa, 1984.

6.2) Legeria

Indarreko legeria

1978ko Espainiako Konstituzioa.

Abenduaren 13ko 3/1979 Lege Organikoa, Euskal Herriaren Autonomia Estatutuarena. EAOaren 306. zk., 1979ko abenduaren 22koa, 29357-29363 orr.

Abuztuaren 10eko 13/1982 Lege Organikoa, Nafarroako Foru Eraentza Berrezarri eta Hobetzeari buruzkoa. EAOaren 195. zk., 1982ko abuztuaren 16koa, 22054-22060 orr.

Azaroaren 25eko 27/1983 Legea, Autonomia-Elkarte osorako erakundeen eta bertako Kondaira-Lurraldeetako foruzko ihardutze-erakundeen arteko harremani buruzkoa. EHAAaren 182. zk., 1983ko abenduaren 10ekoa, 4132-4150. orr.

Legeria historikoa

1808ko Baionako Estatutua. *Gaceta de Madrid*, 1808ko uztailaren 27koa.

1839ko urriaren 25eko Legea, Euskal Probintzietako eta Nafarroako Foruak berresten eta eraldatzen dituen. *Gaceta de Madrid*, 1812. zk., 1839ko urriaren 26koa.

1841ko abuztuaren 16ko Legea, Nafarroako foruei buruzkoa. *Gaceta de Madrid*, 2498. zk., 1841eko abuztuaren 19koa.

1841eko urriaren 29ko Errege Dekretua. *Gaceta de Madrid*, 2581. zk., 1841eko azaroaren 3koa.

1876ko uztailaren 21eko Legea, Foruak abolitzen dituen. *Gaceta de Madrid*, 205. zk., 1876ko uztailaren 25ekoa.

1931ko Euskal Estatuaren Estatutu Orokorraren proiektua. <https://revistas-online.inap.es/index.php/DA/article/view/4237/4291> (Azken kontsulta 2025eko apirilaren 14an).

6.3) Jurisprudenzia

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1984ko otsailaren 2koa, 11/1984 zk.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1988ko apirilaren 26koa, 76/1988 zk.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1989ko abenduaren 21ekoa, 214/1989 zk.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1993ko martxoaren 12koa, 88/1993 zk.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 1993ko maiatzaren 6koa, 159/1993 zk.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2014ko urriaren 23koa, 173/2014 zk.,
ECLI:ES:TC:2014:173.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2016ko ekainaren 23koa, 118/2016 zk.,
ECLI:ES:TC:2016:118.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2016ko urriaren 28koa, 2328/2016 zk.,
ECLI:ES:TS:2016:4674.

KAE edo Konstituzio Auzitegiaren Epaia, 2024ko apirilaren 11koa, 65/2024 zk.,
ECLI:ES:TC:2024:65.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto, Facultad de Derecho

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 19/12/2025

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 4/03/2026

Resumen: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas es un plan de acción que busca beneficiar a las personas, al planeta y a la prosperidad, y que también tiene como metas promover la paz mundial y garantizar el acceso a la justicia. La Agenda 2030 se presenta como un nuevo contrato social, tanto a nivel global como local, que requiere que todos los actores sociales y las administraciones públicas colaboren de manera coordinada. Se propone una revisión integral que una las políticas públicas internas y asegure que estas sean coherentes con el desarrollo sostenible, fomentando un esfuerzo colectivo. Para lograrlo, es fundamental establecer mecanismos que faciliten la cooperación y el avance hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En este contexto, es crucial resaltar el compromiso con la inclusión de las personas con discapacidad, para que puedan llevar una vida plena en lo personal, social y laboral.

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

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

Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia
Bizkaiko Abokatuen Elkargo Ohoretsua

Boletín *JADO*. Bilbao. Año XX. Nº 33. Enero-Diciembre, 2025, pp. 275-322
JADO Aldizkaria. Bilbo. XX. urtea. 33 zk. 2025, Urtarrila-Abendua, 275-322 or.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

En este contexto, este trabajo se enfoca en analizar la normativa actual relacionada con la gestión y promoción del acceso al empleo para personas con discapacidad desde dos perspectivas. Primero, se realizará un análisis descriptivo de las leyes aplicables al acceso de estas personas a empleos en el sector público, prestando especial atención a la nueva Ley de Empleo Público Vasco. En segundo lugar, se explorará la opción de la contratación pública como una herramienta que el sector público puede utilizar para facilitar el acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral, asegurando que se les considere en este proceso.

Palabras clave: Agenda 2030; sostenibilidad social; acceso y promoción del empleo de personas con discapacidad; cooperativismo y economía social.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Desgaitasuna duten pertsonen integrazio soziala eta laneko sustapena bultzatzeko estrategia eta politika publiko batzuen analisisa, Eusko Jaurlaritzako Enplegu Publikoko Legearen aurreikuspenetan oinarrituta

Laburpena: Nazio Batuen Batzar Nagusiak onartutako Garapen Jasangarrirako 2030 Agenda ekintza-plan bat da, pertsonak, planeta eta ongizatea hobetzea helburu duena, eta baita bake globala sustatzea eta justiziara sartzea bermatzea ere. 2030 Agenda gizarte-kontratu berri bat bezala aurkezten da, bai maila globalean bai tokikoan, eta beharrezkoa da gizarte-eragile guztiek eta administrazio publikoek koordinatuta lan egitea.

Barruko politika publikoak batzen dituen eta garapen jasangarrirako koherentzia bermatzen duen berrikuspen integrala proposatzen da, ahalegin kolektiboa sustatuz. Horretarako, funtsezkoa da lankidetzeta eta Garapen Jasangarrirako Helburuak (GJH) lortzeko aurrerapena errazten duten mekanismoak ezartzea. Testuinguru honetan, garrantzitsua da desgaitasuna duten pertsonen inklusioarekiko konpromisoa nabarmentzea, pertsonal, sozial eta laneko bizitzara osatua izan dezaten.

Testuinguru horretan, lan honek bi ikuspegi erabiliz aztertzen du desgaitasuna duten pertsonentzako enplegura sartzeko kudeaketa eta sustapenari buruzko araudia. Lehenik, azterketa deskriptibo bat egingo da pertsona hauek sektore publikoan enplegua lortzeko aplikagarriak diren legeei buruz, arreta berezia jarritz Eusko Jaurlaritzako Enplegu Publikoko Lege berrian. Bigarrenik, kontratazio publikoa aukera gisa aztertuko da, sektore publikoak desgaitasuna duten pertsonen lan-merkatara sartzera errazteko erabil dezakeen tresna gisa, eta prozesu horretan kontuan hartuak izan daitezkeen bermatuz.

Gako-hitzak: 2030 Agenda; gizarte jasangarritasuna; desgaitasuna duten pertsonen enplegura sartzeko eta sustatzea; kooperatibismoa eta ekonomia soziala.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Analysis of Some Strategies and Public Policies for Promoting the Social and Labor Integration of Persons with Disabilities, Based on the Provisions of the Basque Public Employment Law

Abstract: The 2030 Agenda for Sustainable Development, adopted by the United Nations General Assembly, is a plan of action aimed at benefiting people, the planet, and prosperity, while also seeking to promote global peace and ensure access to justice. The 2030 Agenda is presented as a new social contract, both at the global and local levels, requiring all social actors and public administrations to collaborate in a coordinated manner.

It proposes a comprehensive review that aligns domestic public policies and ensures their consistency with sustainable development, encouraging a collective effort. To achieve this, it is essential to establish mechanisms that facilitate cooperation and progress toward the Sustainable Development Goals (SDGs). In this context, it is crucial to highlight the commitment to the inclusion of persons with disabilities, enabling them to lead fulfilling personal, social, and professional lives.

Within this framework, this work focuses on analyzing the current regulations related to the management and promotion of access to employment for persons with disabilities from two perspectives. First, a descriptive analysis will be conducted of the laws applicable to their access to employment in the public sector, with special attention given to the new Basque Public Employment Law. Second, the option of public procurement will be explored as a tool that the public sector can use to facilitate access for persons with disabilities to the labor market, ensuring that they are taken into account in this process.

Key words: 2030 Agenda; social sustainability; access to and promotion of employment for persons with disabilities; cooperativism and social economy.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: 2.1) El acceso al empleo de personas con discapacidad en la Agenda 2030; 2.2) La contratación pública al servicio del fomento de las políticas sociales. III.- ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 3.1) *Normativa básica estatal*; 3.2) *Normativa autonómica de desarrollo: la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco*. IV.- LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: 4.1) Consideraciones generales; 4.2) Las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; 4.3) La incorporación de cláusulas sociales en los contratos del sector público: 4.3.1) *Como criterio de adjudicación de contratos*; 4.3.2) *Como instrumento de fomento de otras políticas públicas asistenciales y de integración social*; 4.4) Las reservas y los criterios de desempate en la adjudicación de contratos del sector público. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA. VII.- RESOLUCIONES E INFORMES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

I. INTRODUCCIÓN

En septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Se trata de un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene entre sus objetivos los de fortalecer la paz universal y el acceso a la Justicia¹.

La Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada.

Este nuevo contrato social requiere partir de una visión integradora e integral que aglutine las políticas públicas internas y que dote de coherencia a las políticas con el desarrollo sostenible en un esfuerzo colectivo conjunto. Para ello, es necesario generar mecanismos que permitan cooperar y avanzar en la consecución de los que se han denominado *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, y a dichos efectos resulta preciso subrayar la importancia del compromiso con la inclusión de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de una vida personal, social y laboral plena².

¹ Véase en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

² Véase en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Habida cuenta de todo ello, el presente trabajo plantea el estudio de la regulación vigente en materia de gestión y de fomento del acceso al empleo de las personas con discapacidad desde dos puntos de vista. Por una parte, a partir del análisis descriptivo de la normativa aplicable en relación con el acceso de las personas con discapacidad a puestos de empleo en el sector público, con especial atención a la regulación contenida en la nueva Ley de Empleo Público Vasco.

Por otra parte, se plantea la alternativa de la contratación pública como media de fomento a disposición del sector público para favorecer el acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad, de tal forma y manera que sea tenida en cuenta.

II. LA DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LA AGENDA 2030

2.1) El acceso al empleo de personas con discapacidad en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en septiembre de 2015 la Agenda para el desarrollo sostenible, como un programa de actuación a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que cuenta entre sus objetivos los de promover y favorecer la paz universal y el acceso a la justicia. Para ello, la Agenda 2030 ha formulado 17 objetivos de desarrollo sostenible —ODS— con 169 metas de carácter integrado e indivisible en tres ámbitos de actuación de las políticas públicas: el económico, el social y el medioambiental³.

En la situación actual derivada de la pandemia de 2020, la sostenibilidad económica, ambiental y social se ha convertido en una necesidad

³ Véase en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> (Última consulta, 19 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

acuciante, una alternativa y una opción para que la gestión pública se enriquezca con este valor añadido⁴.

Con carácter previo al análisis del derecho positivo vigente y de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso, a mi juicio, tener presente que las personas en situación de discapacidad son un importante colectivo de población vulnerable al que se refiere de manera explícita una parte importante de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Para ello, es preciso generar desde el sector público mecanismos que permitan cooperar y avanzar en la consecución de los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

De los cuales, merecen significarse los dos siguientes por su relación con la integración de las personas en situación de discapacidad.

El Objetivo de Desarrollo Sostenible número 4, que tiene por objeto “garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover las oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”.

Y el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8, que tiene como finalidad “la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.

Es importante entender, además, que los distintos Objetivos de Desarrollo Sostenible que están relacionados con las personas en situación de discapacidad tienen carácter transversal y están, por lo tanto, interrelacionados, lo que significa que el éxito de uno de ellos afecta al de otros, y a la inversa.

⁴ (PERNAS GARCÍA, 2020, 3). Véase en «La contratación circular: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», en <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia> (Última consulta, 19 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Por lo tanto, la promoción y el impuso de políticas públicas y medidas que tengan como finalidad que las personas accedan a una educación de calidad y a un puesto de trabajo digno repercute de manera directa en el primero de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de “poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”.

2.2) La contratación pública al servicio de las políticas sociales en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

En relación con la importancia de la contratación pública como instrumento para alcanzar los diferentes Objetivos de Desarrollo Sostenible, merecen significarse las palabras de GIMENO FELIÚ en cuanto afirma que «[...] la Agenda 2030 se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Así mismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción y la mala gobernanza, entre otras»⁵.

En la situación actual derivada de la pandemia de 2020, la sostenibilidad económica, ambiental y social se ha convertido en una necesidad acuciante, una alternativa y una opción para que la gestión pública se enriquezca con este valor añadido⁶.

⁵ (GIMENO FELIÚ, 2021a: 2). Véase en «Los retos de futuro de la contratación pública: los ODS y la experiencia de la pandemia», en <http://www.obcp.es/opiniones/los-retos-de-futuro-de-la-contratacion-publica-los-ods-y-la-experiencia-de-la-pandemia> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

⁶ (PERNAS GARCÍA, 2020, 3). Véase en «La contratación circular: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», en <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Se puede afirmar, por tanto, que bajo la cobertura y al amparo de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, las consideraciones sociales, junto con las ecológicas forman parte inherente y esencial del concepto y de la realidad de lo que se conoce como la *contratación pública estratégica*, como instrumento al servicio de la implementación y ejecución de diferentes políticas públicas a través de las que realizar fines de interés general para todos los ciudadanos tales como la estabilidad laboral, la calidad ambiental y la que nos ocupa, relativa a la integración y el acceso al empleo de las personas con discapacidad.

En definitiva, y siguiendo a GIMENO FELIÚ se puede concluir que «el objetivo de la transformación que pretende la Agenda de las Naciones Unidas obliga a una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución a las necesidades de la ciudadanía, necesidades que no son de simple ideología» y para el que la incorporación de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos es una opción estratégica prevista en la legislación española vigente y de aplicación⁷.

III. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1) Normativa básica estatal

Por cuanto se refiere al régimen jurídico del acceso de las personas con discapacidad al empleo público, los antecedentes normativos recientes tienen su origen en el ámbito de la Administración General del Estado, en la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de dis-

⁷ (GIMENO FELIÚ, 2021b: 4). Véase en «Los retos de futuro de la contratación pública: los ODS y la experiencia de la pandemia», en <http://www.obcp.es/opiniones/los-retos-de-futuro-de-la-contratacion-publica-los-ods-y-la-experiencia-de-la-pandemia> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

capacitados⁸ introdujo la obligación de reservar en la oferta de empleo público de cada año de un cupo no inferior al cinco por ciento de las plazas ofertadas para ser cubiertas por personas con discapacidad igual o superior al 33 por ciento, de modo que dicho colectivo llegue a alcanzar el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, cifra que todavía dista de alcanzarse.

Y lo hizo en el contexto del marco jurídico derivado de la promulgación y consiguiente transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que también tiene entre sus destinatarios a las personas con discapacidad, y que dispone medidas contra la discriminación y garantiza la igualdad efectiva de oportunidades.

A continuación, se aprobó el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, regulador del acceso al empleo público⁹ y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, con el objetivo de fomentar la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades, sin perjuicio de la igualdad de condiciones de acceso que debe imperar entre los candidatos a la cobertura de puestos de empleo público.

En la actualidad, la legislación básica estatal es la establecida en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del vigente Estatuto Básico del Empleado Públi-

⁸ B.O.E. número 296, de 11 de diciembre de 2003. Véase su versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-22717> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

⁹ B.O.E. número 303, de 17 de diciembre de 2004. Véase su versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21221> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

co¹⁰, el cual, en su artículo 14 proclama el derecho de los empleados públicos a la no discriminación por razón de discapacidad, en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio a la entidad del sector público a la que pertenecen.

En cuanto a su acceso al empleo público, el artículo 59 del vigente Texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, ha elevado el porcentaje establecido por la ley sobre el empleo público de discapacitados de 2003, disponiendo que las ofertas de empleo público deben reservar un cupo no inferior la siete por ciento de las plazas vacantes para que sean cubiertas entre personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración o Entidad del Sector Público.

En concreto, y de acuerdo con el referido precepto, la reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Para ello, en los procesos selectivos, cada Administración Pública deberá adoptar todas las medias que resulten necesarias para el establecimiento de los ajustes y las adaptaciones que sean precisas y razonables en cuanto a los tiempos y recursos, así como, una vez superada la selección, las adaptaciones que se requieran en cada uno de los puestos de trabajo según las necesidades de las personas con discapacidad que accedan al empleo público.

¹⁰ B.O.E. número 261, de 31 de octubre de 2015. Véase su versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

3.2) Normativa autonómica de desarrollo. La Ley del Parlamento Vasco 11/2022, de 1 de diciembre

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el 1 de diciembre de 2022 se aprobó la Ley 11/2022 de Empleo Público Vasco¹¹ que, tal y como se señala expresamente en su título preliminar “[...]entronca directamente con un [ese] largo proceso de racionalización y modernización de la función pública [...]”.

Esta norma tiene como objetivo fundamental la mejora de la calidad institucional del empleo público vasco, introduciendo los elementos básicos de innovación que fomenten un modelo de empleo público de calidad, profesionalizado, objetivo, imparcial y responsable por la gestión de sus resultados.

La Ley de Empleo Público Vasco, aunque se mantiene en una línea continuista con el modelo de empleo público estatal, así como con el modelo de la normativa autonómica anterior, siendo, al mismo tiempo, sumamente respetuosa con la autonomía foral y local, la autonomía universitaria, así como con las potestades normativas y de organización propia de cada gobierno territorial.

En lo que se refiere a la gestión y el fomento del acceso al empleo público de las personas con discapacidad, es el capítulo segundo del Título Quinto de la Ley de Empleo Público Vasco la que establece su marco normativo, regulando los principios constitucionales y los regulados en la legislación estatal básica, así como los requisitos de acceso, junto con diferentes medidas de acción positiva en materia de acceso al empleo

¹¹ B.O.P.V. número 245, de 26 de diciembre de 2022. Véase su versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-353> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

público para personas con discapacidad, estableciéndose, incluso, un sistema específico de acceso para dicho colectivo.

Se puede afirmar, al menos a mi entender, que la ley de empleo público vasco destaca por la determinación y el liderazgo que tendrán que ejercer los poderes públicos en Euskadi, en todo lo que se refiere a la integración laboral, como empleados públicos, de las personas con discapacidad, poniendo de manifiesto y enfatizando a lo largo de su texto articulado el compromiso que asumen las Administraciones Públicas Vascas para garantizar y fomentar su acceso efectivo y de calidad al empleo público.

Y lo hace, concretamente, a través de la regulación contenida en los siguientes preceptos, que se analizan, a continuación, relativos al acceso al empleo en el sector público vasco, por una parte, y, por otra, al reconocimiento de los derechos individuales de los empleados públicos vascos.

En cuanto se refiere a la regulación del empleo público en el sector público vasco de personas con discapacidad, el artículo 74 de la ley de empleo público vasco establece que todas las ofertas de empleo del sector público vasco deben reservar un cupo no inferior al siete por ciento de las plazas vacantes convocadas para que las provean o sean cubiertas por personas con discapacidades, considerando como tales las que así se determinan en la legislación vigente, de modo que se alcance progresivamente el dos por ciento de los efectivos totales de cada administración o entidad del sector público.

Para el acceso al puesto de empleo público, los aspirantes deben superar las pruebas en que consistan los procesos selectivos y acreditar su discapacidad y su compatibilidad con el desempeño de las tareas previstas para el puesto de trabajo.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo del precitado artículo 74 de la ley de empleo público vasco, la reserva del cupo del siete

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

por ciento se deberá realizar teniendo en cuenta que es obligatorio que el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas con discapacidad intelectual o mental y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

En este sentido, el mismo precepto atribuye a las Administraciones y Entidades que integran el Sector Público Vasco la responsabilidad de asegurar que la reserva de plazas para personas con discapacidad resulte equilibrada, teniendo en cuenta los diferentes grupos funcionales a los que pertenezcan las plazas que se ofrecen en cada convocatoria (artículo 74.5 LEPV).

A tal efecto, las administraciones públicas vascas regularán el tipo de empleos y condiciones para que se lleve a cabo la cobertura de puestos de trabajo por personas con discapacidad y al mismo tiempo aprobarán las medidas de fomento apropiadas y que persigan la incorporación de forma progresiva de personas con discapacidad en el conjunto de las administraciones públicas vascas.

Desde el punto de vista formal, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la precitada norma autonómica, el acceso al empleo en el sector público vasco de personas con discapacidad y la reserva de plazas en su favor podrá realizarse a través de dos sistemas diferenciados:

Por una parte, el sistema general de acceso de personas con discapacidad, mediante la reserva de un cupo de plazas dentro de las convocatorias derivadas de la oferta de empleo público.

En este caso, el acceso de personas con discapacidad mediante el sistema general se producirá de acuerdo con las bases, reglas, y niveles de exigencia aplicables al resto de personas que participen en la misma convocatoria por otros turnos o modalidades de selección. Del mismo modo, el personal con discapacidad que se encuentre en condiciones de acceder

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

a un empleo público mediante el sistema general deberá solicitar preferentemente la adjudicación de los destinos ofertados en el proceso selectivo que las administraciones públicas vascas y las entidades dependientes de las mismas hubieran reservado, en su relación de puestos de trabajo o instrumento similar, para su cobertura por dicho personal.

Por otra parte, el sistema específico de acceso de personas con discapacidad intelectual o mental, que consistirá en la convocatoria de procesos de selección específicos e independientes al de la convocatoria.

Esto es, como un sistema específico de acceso para personas con discapacidad intelectual o mental que consistirá en la convocatoria de procesos selectivos independientes, en los que podrán participar, exclusivamente, las personas con un grado de limitaciones en la actividad intelectual o mental de, al menos, un treinta y tres por ciento.

En relación con el sistema específico de acceso, el apartado 5 del artículo 75 de la nueva ley de empleo público vasca exige el cumplimiento de las tres condiciones siguientes:

PRIMERA.— Únicamente se podrán cubrir mediante este sistema los puestos que las administraciones públicas hubieran reservado, en su relación de puestos de trabajo o instrumento similar, para su cobertura por personas con discapacidad.

SEGUNDA.— Las pruebas de los procesos selectivos realizados mediante este sistema específico deberán estar fundamentalmente dirigidas a la acreditación de los repertorios básicos de conducta que posean las personas aspirantes para la realización de las tareas o funciones propias del puesto de trabajo.

TERCERA Y ÚLTIMA.— Las personas que accedan a la Administración mediante este sistema específico podrán pasar a desempeñar otros puestos de trabajo en la Administración pública, a través del correspondiente pro-

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

ceso de movilidad, siempre que se acredite la capacidad para el desempeño de los puestos de que se trate, en cada caso.

En ambos casos, serán las bases de la convocatoria las que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 79 de la referida norma legal autonómica, indiquen el número total de plazas convocadas, con indicación del grupo, cuerpo, escala, agrupación profesional sin requisito de titulación o grupo profesional al que correspondan, así como la determinación del cupo de plazas reservadas para el turno de promoción interna y, en su caso, para su provisión por personas con discapacidad.

En los procesos de acceso a personal funcionario, se da preferencia en la elección de destino a los aspirantes con discapacidad, siempre que se justifique por razones territoriales, de dependencia personal o análogas. Se evitará así que la inadecuación de un destino a los condicionamientos que la discapacidad provoca tenga como resultado la no incorporación del candidato que haya superado las pruebas a un puesto de trabajo.

Se prevé, asimismo, la aplicación de otras medidas que tienen por objeto favorecer la integración de las personas con discapacidad, mediante la facilidad de acceso a la formación, la posibilidad de realizar cursos específicos para personas con discapacidad con especiales dificultades para integrarse en el puesto de trabajo o para promocionar en puestos ordinarios, o proyectos especiales de apoyo a la integración.

En todo caso, se respeta el derecho de la persona con discapacidad conserva siempre la posibilidad de optar entre el turno libre y el turno reservado.

IV. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

4.1) Consideraciones generales

Las transformaciones sociales, económicas y políticas de los últimos años han marcado decisivamente el modo en que las Administraciones y Entidades del sector público gestionan su intervención en los diferentes sectores de actuación y, al mismo tiempo, se han convertido en el origen de la nueva forma de configuración de las denominadas relaciones jurídico-administrativas¹².

Los poderes públicos, por una parte, y las personas físicas y jurídicas de derecho privado, por otro, se han visto avocadas a trabajar de forma conjunta y colaborativa en todo lo que tenga que ver con la satisfacción de las necesidades de interés general y la gestión de los servicios públicos¹³.

Y así, las nuevas fórmulas de gestión pública han optado por la innovación, en todas sus vertientes, como elemento clave para fomentar la eficacia y la eficiencia de la actuación administrativa, por una parte, y, por otra, para garantizar la mejor protección a los ciudadanos, así como la respuesta adecuada a las crecientes demandas sociales y asistenciales de los ciudadanos¹⁴.

En este sentido, destaca la inclusión de criterios sociales, junto a los tradicionales de eficiencia y publicidad, en materia de contratación pú-

¹² (MIR PUIG, 2004: 19).

¹³ Véase en este sentido el Preámbulo de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (B.O.E. núm. 55, de 5 de marzo), en el que se afirma la necesidad de impulsar la eficiencia especialmente en el ámbito de la contratación pública y la colaboración entre el sector público y privado como “elementos fundamentales de relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica [...]».

¹⁴ (ARNÁEZ ARCE, 2023: 114).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

blica. Para ello, el legislador ha establecido una serie de criterios sociales con el propósito de impulsar e incentivar la participación de pequeñas y medianas empresas en el procedimiento de contratación pública.

Sin embargo, lo que más interesa destacar de la nueva regulación de la contratación pública a partir de las modificaciones incorporadas por las referidas normas legales es su expresa referencia a la necesidad de adoptar medidas específicas para impulsar la denominada *cláusula social* como un instrumento imprescindible para fomentar y garantizar, de este modo, la realización de diferentes políticas públicas sectoriales como la que nos ocupa relativa a la promoción del empleo de personas con discapacidad.

A tal efecto, el nuevo régimen jurídico de la contratación pública incluye, como se ha puesto de manifiesto, criterios y consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo.

Merece significarse, a este respecto, que la introducción de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública responde al objetivo o finalidad del legislador comunitario de convertir la contratación pública en uno de los motores generadores del bienestar general de los ciudadanos y de la sostenibilidad.

Por este motivo, siguiendo a MARTÍNEZ FONS, se puede afirmar que «[...] la naturaleza de la cláusula [social y/o medioambiental] y el momento de su inclusión en el procedimiento de contratación pública son los elementos que determinarán los términos de la compleja relación entre aquélla y las reglas que disciplinan la libre concurrencia en el mercado [...]»¹⁵.

En idéntico sentido, RAZQUIN LIZARRAGA entiende que la primera forma que tienen estas cláusulas sociales de incorporarse a los procedimientos de contratación pública consiste en establecer los requisitos de

¹⁵ (MARTÍNEZ FONS, 2009: 48).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

carácter social y medioambiental en la propia definición del objeto del contrato, bien en el pliego de cláusulas administrativas generales, o bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o en el pliego de condiciones técnicas particulares. Incluso la elección de una denominación expresa como «social» o «ambiental» para el contrato tendría una influencia positiva y, sobre todo, lo dotaría de mayor visibilidad¹⁶.

Otro momento del procedimiento de contratación en el que se deberían considerar los aspectos sociales y medioambientales es la fase de selección, en especial, la acreditación de la solvencia de los licitadores, incluyendo criterios sociales y medioambientales, junto con la solvencia económica y financiera y las capacidades técnica y profesional.

Ello, teniendo en cuenta que el principio de proporcionalidad impide exigir niveles mínimos de solvencia que superen los necesarios para la ejecución del contrato que se va a adjudicar.

Sin embargo, los criterios sociales, y en su caso los medioambientales, siempre que guarden relación con la prestación objeto del contrato, pueden constituir una garantía de su cumplimiento y, por lo tanto, contribuir, también, a la realización de la finalidad propia del referido principio de proporcionalidad.

Aún más, la consideración de este tipo de criterios podría utilizarse como medio de fomento para que los operadores económicos que hasta el momento han relegado a un segundo plano los aspectos relativos a la responsabilidad social corporativa se replanteen, al menos, su posición.

Efectivamente, como condiciones de ejecución de un contrato, el principal reto que afrontan las cláusulas sociales y medioambientales es que, pese a no incidir en la evaluación misma de la oferta y ser, por ello, menos problemáticas para la libre competencia que cuando actúan como

¹⁶ (RAZQUIN LIZARRAGA, 2016a: 126).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

criterios de adjudicación, no suelen preverse las medidas oportunas para controlar y sancionar los casos de incumplimiento.

Se puede afirmar, con carácter general, que las cláusulas sociales y medioambientales no tienen cabida en la práctica como criterio de adjudicación, por chocar directamente con los fundamentos del principio de competencia, tal y como la entendemos habitualmente.

En concreto, la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 67, recoge los requisitos para su validez en esta fase del procedimiento. De todos modos, en vista del debate que ha abierto la determinación de su alcance, habrá que estar a lo que, tanto la doctrina jurisprudencial, como los Tribunales Administrativos de Contratos, resuelvan al respecto.

Eso sí, la postura que ha adoptado la Unión Europea, en general, y la Directiva 2014/24/UE, en particular, no ofrece ninguna duda sobre el apoyo y la protección que se trata de conferir a las cuestiones de índole social y ambiental, también en el ámbito de los contratos públicos.

Se trata, en definitiva, de un camino de no-retorno emprendido por las instituciones comunitarias que dispondrán, a corto y medio plazo, de nuevas regulaciones que terminen de consolidar la responsabilidad en la contratación pública.

Es por todo ello, por lo que debe ponerse de relieve la ilusión que transmite LESMES ZABALEGUI al asegurar que «la incertidumbre existe, pero debemos ser valientes a la hora de avanzar en esta dirección»¹⁷.

La clave está en contar con una voluntad clara y un firme compromiso político de ampliar y mejorar las directrices básicas de la Unión Europea e incorporarlas a los ordenamientos internos de los Estados miembros.

¹⁷ (LESMES ZABALEGUI, 2016: 3).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Finalmente, y aunque futuras investigaciones puedan orientarse al estudio de otras líneas de actuación en relación, por ejemplo, con los contratos menores, la división en lotes del objeto del contrato o el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los procedimientos de contratación, en el presente trabajo se quiere poner de relieve la importancia de reflexionar en torno al propio concepto de “competencia».

Ello, por cuanto que, si bien es cierto que su condición de elemento cardinal de la contratación pública, ni debe, ni puede, ser discutida y, para ello, procurar su armonización con otros valores recientemente perfeccionados en su sentido e intensificados en su labor, tales como la eficiencia y la integridad, podría evitar muchos dilemas futuros.

4.2) Las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

La vigente Ley de Contratos del Sector Público establece dos momentos dentro de los procedimientos de contratación en los que se pueden incluir las consideraciones sociales cuales son, la redacción y establecimiento de los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos en base a los que evaluar la mejor relación calidad-precio, por una parte y, por otra, mediante su incorporación como condiciones especiales de ejecución de los contratos, siempre que se acredite su relación con el objeto del contrato.

En concreto, en el supuesto de incluirse las consideraciones y aspectos sociales como condiciones especiales de ejecución, la ley impone al órgano de contratación la obligación de que, al menos una de ellas, se corresponda con alguna de las están expresamente enunciadas en el artículo 202 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, relativo a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Merece significarse a este respecto que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, las consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducirse, entre otras, con alguna de las finalidades siguientes:

- Hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional;
- Promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación de riesgo de exclusión social a través de empresas de inserción;
- liminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo;
- Favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo;
- Garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables;
- Medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;
- Garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Todo ello, teniendo en cuenta, además, que una vez establecidas y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, todas las condiciones especiales que formen parte del contrato serán exigidas de igual modo a todos los subcontratistas que participen en su ejecución.

En definitiva, en cuanto se refiere a la consideración de los aspectos sociales en la contratación pública, la nueva Ley sigue regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas ellas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva normativa específica.

En el ámbito de la discapacidad, el artículo 71 de la precitada Ley de Contratos del Sector Público establece como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2% de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, cuestión que ya se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de la modificación del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, operada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En idéntico sentido, y con el mismo propósito de impulsar, favorecer y fomentar el respeto de los derechos humanos y, en especial hacia los

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

derechos laborales básicos de las personas trabajadoras y de las empresas y pequeños productores de los países en vías de desarrollo, la nueva Ley de Contratos del Sector Público introduce, como se ha señalado anteceden- temente, la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación como las condiciones especiales de ejecución de los contratos incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización relativos a las obras, suministros o servicios que constituyan el objeto del contrato de que se trate.

4.3) La incorporación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público

La vigente Ley de Contratos del Sector Público, en el apartado ter- cero de su artículo primero establece que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del con- trato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor rela- ción calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos».

Teniendo en cuenta este planteamiento inicial del legislador de 2017, se pueden establecer cuatro momentos procedimentales en los que el órgano de contratación puede incluir los criterios propios y característi- cos de las cláusulas sociales y medioambientales: i) en el momento de la definición del objeto del contrato; ii) en el momento de la selección del contratista; iii) en el momento de establecer los criterios de adjudicación del contrato y iv) en el momento de la ejecución del contrato¹⁸.

¹⁸ Véase al efecto, la Circular 35/2018, de 25 de julio de la Dirección General de servi- cios, relaciones municipales y emergencias del Departamento de Administraciones Públi- cas y Relaciones Institucionales de la Diputación Foral de Bizkaia, por la que se difunde la “Guía práctica para la contratación administrativa: criterios e instrucciones para la

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

4.3.1) Como criterio de adjudicación de los contratos públicos

El ordenamiento jurídico español permite incluir la denominada *cláusula social*, en el momento de la adjudicación del contrato, señalando como criterio de adjudicación «que se valore el hecho de que las entidades o empresas licitadoras estén participadas mayoritariamente por sus trabajadores».

La inclusión de los referidos criterios de adjudicación debe estar vinculada al objeto del contrato, ser circunstancias específicas y cuantificables objetivamente, estar previamente publicadas y respetar las normas de Derecho de la Unión Europea, especialmente el principio de no discriminación y, en su consecuencia, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Se concluye, por tanto, la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los procedimientos de contratación, así como los pliegos de prescripciones técnicas cuando corresponda, incluyan cláusulas concretas de carácter social¹⁹.

incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas», https://web.bizkaia.eus/documents/2813479/2814476/Circular_y_Guia_ca.pdf/8e3a405e-d109-a15f-6f6b-1dc430cefb6c?t=1543422162300 (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

¹⁹ En este sentido se han pronunciado las Juntas Consultivas de Contratación en diferentes resoluciones, entre las que destaca por la proximidad al supuesto que nos ocupa, la Resolución número 18/2014, de 11 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña en cuanto afirma la posibilidad de que se establezca “como criterio de adjudicación la preferencia por las proposiciones presentadas por empresas que establezcan a favor de sus trabajadores medidas de prevención de riesgos laborales adicionales o superiores a las obligaciones establecidas legalmente, o medidas de fomento e hábitos saludables o de promoción del desarrollo personal y organizacional, siempre que las proposiciones mencionadas iguallen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación del contrato, de conformidad con la normativa vigente». <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/reso->

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley de Contratos del Sector Público en el que se establece la regla general de que en los procedimientos de adjudicación se tenga en cuenta una pluralidad de criterios, de tal forma y manera que el establecimiento o la utilización de un único criterio de adjudicación basado en el coste o precio del contrato debe justificarse en el expediente.

Concretamente, en su apartado segundo, el precitado artículo 145 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que para la determinación de la mejor relación calidad-precio el órgano de contratación tendrá en cuenta tanto criterios estrictamente económicos como aspectos y consideraciones cualitativas tales como cualquier aspecto medioambiental o social vinculado al objeto del contrato.

En cuanto a los aspectos o consideraciones sociales se refiere el artículo 145.2.1º de la Ley de Contratos del Sector Público dispone expresamente que «las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general a la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación de riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo;

lucions/2014/Resolucio-Num.-18_2014-d11-de-marc-de-2014.pdf (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

la aplicación de criterio éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato».

En este sentido, la Ley de Contratos del Sector Público diseña un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, con el que alcanzar un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de los mejores servicios públicos a los ciudadanos²⁰.

En definitiva, se puede afirmar que el sistema legal vigente en nuestro país en materia de contratación pública pretende, además de aclarar el marco normativo de aplicación en aras de una mayor seguridad jurídica, promover la utilización de la contratación pública como instrumento para implementar las políticas públicas, europeas y nacionales, en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pequeñas y medianas empresas y de defensa de la competencia.

En este sentido, trasladando las reflexiones de RAZQUIN LIZARRAGA en relación con las Directiva de la Unión Europea de 2014, se puede afirmar el artículo 145 de la Ley de Contratos del Sector Público al sostener como criterio de adjudicación de los contratos el de la oferta económicamente más ventajosa, el legislador ha integrado el criterio del coste de ciclo de vida para que sirva de base en su determinación y ha acentuado la preponderancia del de la mejor calidad-precio, teniendo en cuenta, no obstante, que la principal mejoría, en lo que aquí interesa, es

²⁰ (ARNÁEZ ARCE, 2023: 116).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

que, a propósito de la evaluación de este último criterio, ha apuntado a las características sociales y medioambientales²¹.

Parece lógico pensar, por lo tanto, que se dan por despejadas las dudas en torno a la legalidad del papel de las cláusulas sociales en la fase de adjudicación. Dicho reconocimiento pasa, eso sí, porque se cumplan tres requisitos indispensables: i) que estén vinculadas al objeto del contrato, esto es, que «se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida»; ii) que no confieran al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, o lo que es lo mismo, que garanticen una competencia efectiva en el mercado y iii) que los pliegos de contratación definan la ponderación que se les atribuye:

4.3.2) Como instrumento de fomento de otras políticas públicas asistenciales y de integración social

El sistema legal vigente en nuestro país en materia de contratación pública pretende, además de aclarar el marco normativo de aplicación en aras de una mayor seguridad jurídica, promover la utilización de la contratación pública como instrumento para implementar las políticas públicas, europeas y nacionales, en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las pequeñas y medianas empresas y de defensa de la competencia²².

Cuestiones, todas ellas que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado III del Preámbulo de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, se erigen como auténticos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios

²¹ (RAZQUIN LIZARRAGA, 2015b: 104).

²² (ARNÁEZ ARCE, 2018b: 126).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad²³.

Tal y como se ha puesto de manifiesto, la Ley de Contratos del Sector Público establece dos momentos dentro de los procedimientos de contratación en los que se pueden incluir las consideraciones sociales: la redacción y establecimiento de los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos en base a los que evaluar la mejor relación calidad-precio, por una parte y, por otra, su incorporación como condiciones especiales de ejecución de los contratos, siempre que se acredite su relación con el objeto del contrato²⁴.

Para ello, los órganos de contratación deberán someter a valoración jurídica las dos opciones siguientes: por una parte, la posibilidad de incluir un criterio de adjudicación que valore el número de personas con discapacidad contratadas por la empresa licitadora.

En este sentido, debe tenerse en cuenta su intención o la finalidad, que no es otra sino la de “fomentar el empleo de personas con discapacidad, colectivo vulnerable con constatadas dificultades para integrarse en el mercado de trabajo».

A tal efecto, se puede afirmar que las cláusulas sociales son uno de los recursos más poderosos para la empleabilidad de las personas con discapacidad y para su normalización dentro del mercado laboral, en la medida que obligan a que quienes quieran contratar con una Adminis-

²³ Véase el apartado III del Preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 272, de 9 de noviembre de 2017.

²⁴ (RAZQUIN LIZARRAGA, 2015c: 110).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

tración Pública se vea obligado a incorporar a un número determinado de personas con discapacidad en sus plantillas²⁵.

Por lo tanto, es posible y conforme la inclusión de este tipo de cláusulas o consideraciones sociales en la fase preparatoria, como criterio de adjudicación del contrato siempre que se respeten los tres requisitos siguientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.2 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público: a) que figuren incluidos en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares; b) que estén vinculados al objeto del contrato y c) que no sean directa, ni indirectamente discriminatorios, siendo, a su vez, compatibles con el derecho comunitario.

En este sentido, merecen significarse los pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central en sus Resoluciones 234/2019, de 8 de marzo, 235/2019, de 8 de marzo y 344/2019, de 29 de marzo, en las que se matiza que los criterios de adjudicación sociales de los contratos públicos a la que se refiere el artículo 145.2 de la Ley de Contratos del Sector Público tienen por objeto o finalidad la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y de mejora de las condiciones laborales y sociales²⁶.

Por otra parte, en lo que se refiere a su establecimiento como condición especial de ejecución, la legislación vigente impone la obligación de que se corresponda con alguna de las están expresamente enunciadas en

²⁵ Informe de AECEMCO- Asociación Empresarial de Centros Especiales de Empleo “Aplicación de la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos de contratación administrativa para el fomento de la empleabilidad de las personas con discapacidad», 2018, p.3, <https://www.aecemco.es/pdf/5-APLICACION-DE-LA-INCLUSION-DE-CLAUSULA-%20SOCIALES-EN-LOS-PLIEGOS-DE-LA-CONTRATACION-ADMINISTRATIVA.pdf> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

²⁶ Véanse los pronunciamientos del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en [https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%200764-2018%20AST%2052-2018%20\(Res%20235\)%2008-03-2019%20VP.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%200764-2018%20AST%2052-2018%20(Res%20235)%2008-03-2019%20VP.pdf) (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

el artículo 202 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, relativo a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

La introducción de cláusulas sociales en la contratación pública como condiciones especiales de ejecución de los contratos del sector público responde al objetivo del legislador comunitario de convertir la contratación pública en uno de los motores generadores de bienestar de los ciudadanos.

Y es que, de acuerdo con RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, la vinculación de la Administración Pública y, por ende, de todas las instituciones administrativas, también de los contratos del sector público, al servicio al interés general, especialmente en el marco del Estado social y democrático de derecho, implica la defensa, protección y promoción de aspectos como el que plantea el órgano de contratación de *fomento del empleo de personas con discapacidad, en tanto colectivo vulnerable con evidentes dificultades para integrarse en el mercado de trabajo*²⁷.

En palabras de GIMENO FELIU, las cláusulas sociales como condiciones de ejecución de los contratos públicos responden, definitivamente, al propósito de «[...] garantizar valores superiores del ordenamiento jurídico tan relevantes como son la libertad, la igualdad y la solidaridad»²⁸.

Todo ello, teniendo en cuenta, además, que una vez establecidas y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, todas las condiciones especiales que formen parte del contrato serán exigidas de igual modo a todos los subcontratistas que participen en su ejecución.

²⁷ (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2016) en <http://rodriguezarana.com/site/?p=2173> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

²⁸ (GIMENO FELIU, 2004: 65).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

4.4) Las reservas y los criterios de desempate en la adjudicación de contratos públicos

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha consolidado la figura de los contratos reservados lanzada por la Directiva 2004/18/CE, e incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con el fin promover la inserción de personas con discapacidad en el mercado laboral²⁹.

La Directiva 2014/24/UE mantiene la reserva de mercado para fomentar la inserción de personas con discapacidad y la amplía a los operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas desfavorecidas³⁰.

Esta nueva regulación se incorporó a nuestro ordenamiento mediante la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se normaliza y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, que introdujo tres novedades importantes: i) permitir la reserva de participación también para las empresas de inserción; ii) introducir la posibilidad de reservar no solo contratos sino también lotes de los mismos y iii) sustituir la opción por la obligatoriedad de la reserva³¹.

La vigente Ley de Contratos del Sector Público amplía el concepto de contratos reservados, distinguiendo entre los contratos reservados a Centros Especiales de Empleo y empresas de inserción, establecidos en su

²⁹ (ANDRÉS PÉREZ, 2018) en <http://www.obcp.es/opiniones/los-contratos-reservados-en-la-ley-92017-del-8-de-noviembre> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

³⁰ Véase el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

³¹ Ley 31/2015, de 9 de septiembre por la que se modifica la normativa en materia de autoempleo y se fomenta el trabajo autónomo, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 217, de 10 de septiembre de 2015.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Disposición Adicional 4ª, y la reserva de ciertos contratos a determinadas organizaciones, Disposición Adicional 48ª.

En lo que se refiere a la valoración jurídica acerca de la posibilidad de realizar una reserva de las previstas en la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Contratos del Sector Público, que incluya tanto a centros especiales de empleo como a sociedades cooperativas de trabajo asociado, debe significarse que, desde un punto de vista subjetivo, en cuanto a los destinatarios de la reserva, la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Contratos del Sector Público se refiere expresamente a las empresas de inserción y los Centros Especiales de Empleo, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 16ª deben ser de iniciativa social³².

El régimen jurídico de las empresas de inserción está regulado en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en la que se las define, en su artículo 4 como «todas las sociedades mercantiles o cooperativas que, además de realizar cualquier actividad productiva, tengan por objeto social la integración y formación socio-laboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario»³³.

Por su parte, los Centros Especiales de Empleo están regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En concreto, en su artículo

³² El porqué de exigir esta iniciativa social expresamente a los Centros Especiales de Empleo y no a las empresas de inserción es que éstas, por mandato legal, siempre deben estar promovidas al menos en un 51% en el caso de sociedades mercantiles por entidades y/o asociaciones sin ánimo de lucro o por fundaciones.

³³ Véase el artículo 4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 299, de 14 de diciembre de 2007.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

43 se establece que tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que estén promovidos y participados en más de un 50%, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellas cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente³⁴.

Ello, no obstante, debe ponerse también de manifiesto que esta previsión ha presentado en su aplicación práctica una cierta conflictividad sobre la exclusión de esta reserva de los Centros Especiales de Empleo que no son de iniciativa social y, recientemente, se ha suscitado si la reserva tiene que ser a favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción, indistintamente.

En relación con esta cuestión se han pronunciado los órganos de recurso especial admitiendo que la reserva exclusiva a centros especiales de empleo de iniciativa social no conculca el espíritu de la Directiva 2014/24/UE de la que trae causa la reserva³⁵.

³⁴ Véase el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 1/1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 289, de 3 de diciembre de 2013.

³⁵ Sin embargo, el tema no está cerrado, pues la Resolución 100/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi —y la Resolución 129/2018 del mismo órgano, de contenido similar está recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y pendiente de sentencia en estos momentos, habiéndose planteado por el Tribunal de Justicia del País Vasco una cuestión prejudicial al respecto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-598/19).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

Entre otras, las resoluciones 202/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, 860/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y 100/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC/KEAO).

Esta última resolución señala expresamente lo siguiente:

«A juicio de este OARC / KEAO, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE no establece un mandato claro e incondicionado, se trata de una posibilidad de transposición («podrá») que el estado miembro puede o no ejercer, de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (que supone una excepción al principio general del libre acceso a la contratación de todos los operadores económicos capacitados con independencia de su forma o características legales u organizativas) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta. Con más razón, una vez tomada la opción de transposición, el legislador goza de un margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar en el derecho interno lo que se entenderá por “operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas». La existencia de dicho margen descarta que nos hallemos ante un mandato preciso, claro e incondicionado merecedor de efecto directo»³⁶.

Por otro lado, hasta el momento, se entendía que el órgano de contratación gozaba de discrecionalidad a la hora de reservar un determinado contrato solo a Centros Especiales de Empleo o solo a empresas de inserción, o a ambas categorías indistintamente, obviamente justificando en el expediente su decisión. Sin embargo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución 1298/2020 sienta el crite-

³⁶ Véase el contenido de la Resolución en el siguiente enlace <https://www.contratacion.euskadi.eus/w32-kpeoarc/es/y96aResolucionesWar/busqueda/listado?locale=es#> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

rio de que no cabe que la reserva al amparo de la Disposición adicional cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público lo sea exclusivamente a favor de centros especiales de empleo de iniciativa social³⁷.

En otro orden de cosas, desde un punto de vista formal o procedimental, es preciso que el carácter de contrato reservado figure expresamente en el anuncio de licitación, haciendo referencia a la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Contratos del Sector Pública, en cuanto título habilitante para la reserva.

Por otra parte, en cuanto se refiere a los criterios de desempate, éstos funcionan, en última instancia, como criterios de adjudicación que se tendrán en cuenta cuando, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, la puntuación obtenida por dos o más licitadores sea similar.

En este sentido, la propia Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 147.1, se refiere a ellos como “criterios de adjudicación específicos para el desempate».

El artículo 147 de la Ley de Contratos del Sector Público regula los criterios de desempate para la adjudicación de los contratos del sector público, estableciendo una distinción entre si éstos están, o no, previstos en el Pliego.

Por un lado, los criterios de desempate que estén previstos en el pliego deben estar vinculados necesariamente al objeto del contrato y estar relacionados con circunstancias tales como el porcentaje de trabajadores

³⁷ Habrá que esperar nuevos pronunciamientos para ver si se mantiene este criterio que por otra parte, no parece que sea conforme con el tenor literal de la LCSP, ya que la Disposición adicional cuarta no es concluyente en el sentido que interpreta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y, por otro lado, la aplicación de la reserva en los contratos con lotes que regula el artículo 99 LCSP «de conformidad» con la mencionada disposición adicional señala expresamente que se podrá reservar alguno o algunos de los lotes a Centros Especiales de Empleo «o» a empresas de inserción «o» en el marco de programas de empleo protegido.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

con discapacidad; las proposiciones que tengan su origen en empresas de inserción; la adjudicación de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial a entidades sin ánimo de lucro; la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos de comercio justo a organizaciones de comercio justo, y la adjudicación a empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Y, por otro, en ausencia de previsión de criterios de desempate en el pliego, éstos se deben entender referidos a circunstancias relativas al porcentaje de trabajadores con discapacidad; el número de contratos temporales en la plantilla; el mayor porcentaje de mujeres ocupadas en la plantilla, y en última instancia, el sorteo.

Debe significarse a este respecto que, excepto el sorteo, todos demás criterios de desempate que establece la Ley de Contratos del Sector Público incluyen o tienen en cuenta la consideración de aspectos sociales³⁸.

Sin embargo, y a pesar de la regulación de los criterios de desempate prevista en el artículo 147 de la Ley de Contratos del Sector Público, no resulta fácil, ni pacífica, la vinculación de los criterios sociales de desempate con el objeto de los contratos³⁹.

En relación con esta cuestión, resulta significativo y de aplicación al supuesto que nos ocupa, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León número 97/2019, de 4 de julio, por la que se declara la nulidad de un pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se regía un contrato de servicios, al considerarlo contrario al principio de igualdad de trato, en la medida en que se establecía como

³⁸ (BOSCH, 2016) en <https://lapartecontratante.blog/2019/02/26/los-criterios-de-desempate-en-la-lcsp-por-joan-bosch/> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

³⁹ (BLANCO, 2018: 144).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

criterio de desempate la preferencia por las cooperativas de trabajo y las de segundo grado que las agrupen, previsto en el artículo 135.6 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León, lo que beneficiaba a determinados competidores por criterios de arraigo territorial⁴⁰.

En este sentido, la doctrina científica y la emanada de los órganos encargados de resolver los recursos contractuales es pacífica al considerar que los criterios de arraigo territorial no pueden ser ni requisitos de solvencia ni criterios de adjudicación, tal y como concluyó ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 9/09, de 31 de marzo, en el que señalaba que «El origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público, circunstancias que igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración»⁴¹.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.— En la situación actual derivada de la pandemia de 2020, la sostenibilidad económica, ambiental y social se ha convertido en una necesidad acuciante, una alternativa y una opción para que la gestión pública se enriquezca con este valor añadido, que debe tener presente que las personas en situación de discapacidad son un importante colectivo de población vulnerable cuyas demandas y necesidades deben atenderse. Especialmente en un contexto como el actual, en el que es frecuente que se

⁴⁰ Véase el texto completo de la resolución en el siguiente enlace: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Resoluci%C3%B3n%2097-2019.pdf> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

⁴¹ Véase en <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRI-MONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2009/Informe%2009-09.pdf> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

cuestione el funcionamiento y la validez del Estado del Bienestar, vinculado a la inactividad y falta de compromiso por parte del sector público.

Resulta necesario abordar un proceso de reforma estructural del sector público, en el sentido de potenciar su competitividad, eficacia y eficiencia, apuesta por una mayor y más real interacción con los ciudadanos quienes, a su vez, demandan un papel cada vez más activo en la planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas que tienen por objeto la prestación de servicios asistenciales a la población.

SEGUNDA.— En el contexto actual se enmarca la denominada *Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible* como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada y que exige tener presente una mirada integral que aglutine las políticas públicas internas y que dote de coherencia a las políticas con el desarrollo sostenible en un esfuerzo colectivo conjunto, impulsando instrumentos y fórmulas de cooperación, responsabilidad y, entre otros, de compromiso con la inclusión de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de una vida personal, social y laboral plena.

TERCERA.— Es importante entender, además, que los distintos Objetivos de Desarrollo Sostenible que están relacionados con las personas en situación de discapacidad tienen carácter transversal y están, por lo tanto, interrelacionados, lo que significa que el éxito de uno de ellos afecta al de otros, y a la inversa.

Por lo tanto, la promoción y el impuso de políticas públicas y medidas que tengan como finalidad que las personas accedan a una educación de calidad y a un puesto de trabajo digno repercute de manera directa en el primero de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de “poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo”.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

CUARTA.— Desde el punto de vista del Derecho positivo, el régimen jurídico del acceso de las personas con discapacidad al empleo público, los antecedentes normativos recientes tienen su origen en el ámbito de la Administración General del Estado, en la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados. Norma promulgada en el contexto del marco jurídico derivado de la promulgación y consiguiente transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que también tiene entre sus destinatarios a las personas con discapacidad, y que dispone medidas contra la discriminación y garantiza la igualdad efectiva de oportunidades.

QUINTA.— En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, el 1 de diciembre de 2022 se aprobó la Ley 11/2022 de Empleo Público Vasco que tiene como objetivo fundamental la mejora de la calidad institucional del empleo público vasco, introduciendo los elementos básicos de innovación que fomenten un modelo de empleo público de calidad, profesionalizado, objetivo, imparcial y responsable por la gestión de sus resultados.

Destaca, a mi juicio, la ley de empleo público vasco por la determinación y el liderazgo que tendrán que ejercer los poderes públicos en Euskadi, en todo lo que se refiere a la integración laboral, como empleados públicos, de las personas con discapacidad, poniendo de manifiesto y enfatizando a lo largo de su texto articulado el compromiso que asumen las Administraciones Públicas Vascas para garantizar y fomentar su acceso efectivo y de calidad al empleo público.

SEXTA.— Desde un punto de vista sustantivo o material, es importante señalar cómo las nuevas fórmulas de gestión pública han apostado, entre otras medidas, por destacar la inclusión de criterios sociales, junto a los tradicionales de eficiencia y publicidad, en materia de contratación pú-

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

blica, como un instrumento imprescindible para fomentar y garantizar, de este modo, la realización de diferentes políticas públicas sectoriales como la que nos ocupa en este trabajo, relativa a la promoción del empleo de personas con discapacidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.F. (2012) «El futuro de la economía social». En: FAJARDO GARCÍA, Gemma, y SENENT VIDAL, M.J. *Economía social: identidad, desafíos y estrategias*. RULESCOOP, Valencia, pp. 405-412.

ANDRÉS PÉREZ, M.R. (2018) «Los contratos reservados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre». Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/opiniones/los-contratos-reservados-en-la-ley-92017-del-8-de-noviembre> (Última consulta 20 de febrero de 2025).

ARGUDO PÉREZ, J.L. (2007) «Las cooperativas sin ánimo de lucro: ¿vuelta a los orígenes o respuesta a las nuevas necesidades sociales?». *Revista Vasca de Economía Social*, nº 3, pp. 179-201.

ARNÁEZ ARCE, V.M. (2023) *El reto de la gestión sostenible de los servicios públicos. Participación ciudadana y fomento de la iniciativa social*. Dykinson, Madrid.

ÁRNEAZ ARCE, V. M. (2018 a) «La alternativa cooperativa en la prestación de servicios públicos sostenibles», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 52, pp. 123-135. doi: <http://dx.doi.org/10.18543/baidc-52-2018pp123-135>.

ARNÁEZ ARCE, V. M. (2020) «El fomento del cooperativismo a través de la contratación pública sostenible». *REVESCO. Revista De Estudios Cooperativos*, nº 133, pp. 2-15.

ARNÁEZ ARCE, V.M. (2018 b) «El modelo cooperativo como alternativa sostenible para la gestión de los servicios públicos» en *Fomento del Cooperativismo como alternativa económica y social sostenible: una visión de México y España*, Dykinson, Madrid, pp. 109-120, ISBN: 978-84-9148-984-9.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

ARNÁEZ ARCE, V.M. (2012) «La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquiriente de bienes y servicios innovadores». *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 93, pp. 17-35.

ARNÁEZ ARCE, V.M. (2014) «La participación ciudadana en la prestación de servicios públicos. El supuesto de las cooperativas de utilidad pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco». *REVESCO*, nº 116, pp. 7-32.

ATXABAL RADA, A. y ARNÁEZ ARCE, V.M. (2013) «Las cooperativas de utilidad pública e iniciativa social. Aspectos administrativos y fiscales». *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 47, pp. 199-228.

ATXABAL RADA, A. (2018) «Los impuestos personales sobre el capital en las cooperativas y en sus socios en el País Vasco», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 52, pp. 137-166. doi: <http://dx.doi.org/10.18543/baidc-52-2018pp137-166>.

BLANCO, P. (2018) «La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº XVIII, p. 144.

BOSCH, J. (2016) «Los criterios de desempate en la Ley de Contratos del Sector Público», en <https://lapartecontratante.blog/2019/02/26/los-criterios-de-desempate-en-la-lcsp-por-joan-bosch/> (última consulta 20 de febrero de 2025).

CRUCELEGUI GÁRATE, J.L. (2011) *Los efectos de los cárteles en la innovación y el bienestar social*. Conferencia impartida en el Encuentro «La defensa de la competencia como instrumento de modernización de las estructuras económicas», Santiago de Compostela, 5-7 de octubre de 2011.

DIVAR GARTEIZ-AURRECOA, J. (2010) «Las cooperativas ante la crisis económica». *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, nº 44, pp. 263-283.

DOMENECH PASCUAL, G. (2020) «La discutida legalidad de los umbrales de saciedad», *Observatorio de Contratación Pública*, [http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las#:~:text=\(i\)%20Un%20umbral%20de%20saciedad,de%200%25%20recibir%C3%A1n%200%20puntos,\(Última consulta 20 de febrero de 2025\).](http://www.obcp.es/opiniones/umbrales-de-saciedad-y-principios-de-eficiencia-igualdad-y-libre-competencia-en-las#:~:text=(i)%20Un%20umbral%20de%20saciedad,de%200%25%20recibir%C3%A1n%200%20puntos,(Última consulta 20 de febrero de 2025).)

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

GADEA SOLER, E.; SACRISTÁN BERGIA, F. y VARGAS VASSEROT, C. (2009) *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*. Dykinson S.L., Madrid.

GARCÍA MACHO, R. (2011) «La transparencia en el sector público». En: BLASCO ESTEVE, Avelino (Coord.), *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 249-260.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2004) «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales». En: GIMENO FELIÚ, J. M. (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Barcelona: Atelier, p. 65.

GIMENO FELIÚ, J. M. (2015) «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad». En: GIMENO FELIÚ, José María (Dir.), *Las nuevas directivas de contratación pública*. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 37-106.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2016) «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias». Observatorio de Contratación Pública, opiniones, nº 232, de 9 de febrero de 2016: http://www.obcp.es/index.php/mod_opiniones/mem.detalle/id.232/recategoria.208/remenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f (Última consulta 20 de febrero de 2025).

GIMENO FELIÚ, J.M. (2021) «Los retos de futuro de la contratación pública: los ODS y la experiencia de la pandemia», en <http://www.obcp.es/opiniones/los-retos-de-futuro-de-la-contratacion-publica-los-ods-y-la-experiencia-de-la-pandemia> (Última consulta 20 de febrero de 2025).

GIRALDO NEIRA, O. (2003), *Identidad, valores y principios cooperativos. Análisis y significados de la Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional*. Cali.

JULIÁ IGUAL J.F. y MELIÁ MARTÍ, E. (2004) «El futuro del cooperativismo en una Europa en construcción». En: VVAA. *El futuro de las cooperativas en una Europa en crecimiento*. CIRIEC-España, Valencia, pp. 13-60.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

LESMES ZABALEGUI, S. (2016) *Análisis de las posibilidades prácticas en contratación social en diferentes Administraciones Públicas*. Conferencia impartida en el Congreso Internacional “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente”, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2016.

LIZCANO ÁLVAREZ, J. (2014) *Transparencia y corrupción a nivel nacional e internacional. Situación y perspectivas*. Conferencia impartida en el acto de clausura del curso académico nº 29 del Club de Encuentro Manuel Roseta, Valencia, 16 de junio de 2014.

MARTÍNEZ FONS, D. (2009) *Documento de trabajo 153/2009: Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas, Madrid.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2011) «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público». En: BELLO PAREDES, S.A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*. La Ley, Madrid, pp. 119-163.

MORENO MOLINA, J.A. (2015) «La lucha contra la corrupción en la contratación pública». *Contratación Administrativa Práctica*, nº 135, p. 4.

MORILLAS JARILLO, M.J. (2008) *Las sociedades cooperativas*. Iustel, Madrid.

OLER ROBERT, M. (2015) «Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia». *Contratación Administrativa Práctica*, nº 135, pp. 46-54.

PALOMAR OLMEDA, A. (2010) «Simplificación administrativa». En: *La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre*. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 338-345.

PERNAS GARCÍA, J. (2020) «La contratación circular: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», en <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia> (Última consulta 20 de febrero de 2025).

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2015) «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España». *Revista de Administración Pública*, nº 196, pp. 97-135.

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2016) *Los diversos modos de inclusión de aspectos ambientales en los contratos públicos*. Conferencia impartida en el Congreso Internacional “Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente”, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2016.

RODRÍGUEZ BEAS, M. (2015) «La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública». En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 307-318.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2016) «La dimensión social de la Administración». Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, 4 de marzo de 2016: <http://rodriguezarana.com/site/?p=2173> (Última consulta 20 de febrero de 2025).

SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2014), «El nuevo principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un nuevo juego de presunciones?». *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de junio de 2014: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.157/rel_categoria.208/reلمenu.3/chk.e5b0c1989f6161015284e36d97736551 (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

VII. RESOLUCIONES E INFORMES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS:

B+I STRATEGY. (2009) *Marco Europeo Favorecedor de compras públicas: ventajas, inconvenientes y principales palancas de actuación*. B+I Strategy, Vitoria-Gasteiz.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Guía sobre contratación pública y competencia: https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL VASCO (2015) Comunidad Autónoma del País Vasco. Memoria socioeconómica 2015: <http://www.cesegab.com/Portals/0/Libros/MSE2015.pdf> (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES NÚMERO 716/2019, DE 27 DE JUNIO en http://www.obcp.es/sites/default/files/2019-09/documentos_Recurso_0625-2019_%28Res_716%29_27.06.2019_b321fb3c.pdf (Última consulta, 20 de febrero de 2025)

Análisis de algunas estrategias y políticas públicas para el fomento de la integración social y laboral de personas con discapacidad, a partir de las previsiones de la ley de empleo público vasco

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAC-TUALES NÚMERO 853/2019, de 18 de julio en [https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%200614-2019%20MU%2048-2019%20\(Res%20853\)%2018-07-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%200614-2019%20MU%2048-2019%20(Res%20853)%2018-07-2019.pdf) (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

CIRCULAR 35/2018, DE 25 DE JULIO de la Dirección General de servicios, relaciones municipales y emergencias del Departamento de Administraciones Públicas y Relaciones Institucionales de la Diputación Foral de Bizkaia, por la que se difunde la “Guía práctica para la contratación administrativa: criterios e instrucciones para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas», https://web.bizkaia.eus/documents/2813479/2814476/Circular_y_Guia_ca.pdf/8e3a405e-d109-a15f-6f6b-1dc430cefb6c?t=1543422162300 (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

RESOLUCIÓN NÚMERO 18/2014, de 11 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/resolucions/2014/Resolucio-Num.-18_2014-d11-de-marc-de-2014.pdf (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. «Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide»: https://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014_anticorruption_publicprocureme?e=249656/8718192 (Última consulta, 20 de febrero de 2025).

NOTAS/
OHARRAK/
EXPLANATORY NOTES

Hizkuntza-eskakizunak eta enplegu publikoa

Ignacio Javier ETXEBARRIA ETXEITA

Zuzenbideko Euskal Akademiaren Gobernu Batzordeko kidea

Herri-administrazioaren helburua herritarrei zerbitzuak ematea da, eta, horretarako, bere langileak antolatzen ditu beharrezkotzat jotzen dituen lanpostuak zehaztuz.

Lanpostu bakoitza eginkizun multzo bat lotuta edukitzeak definitzen du. Lanpostu horiek osatzen dute lanpostuen zerrenda. Zerrenda hori funtsezko antolaketa-tresna da, eta lanpostuak betetzeko baldintzak jasotzen ditu, besteak beste, lanpostuari lotutako hizkuntza-eskakizuna eta, hala badagokio, derrigortasun-data.

Erakundeko langileek hornitzen ez dituzten lanpostuak kanpoko hautaketara eramango dira, plazen aukeraketa bidez, horregatik, korrelazioa dago lanpostuak betetzeko eskatzen diren baldintzen eta hautaketa-prozesuetan eskatzen diren baldintzen artean.

Hautaketa-prozesuen bidez beteko diren plazak enplegu publikoaren eskaintzan iragartzen dira, eta bertan, besteak beste, hizkuntza-eskakizuna eta, hala badagokio, derrigortasun-data agertzen dira.

Ikusten denez, harreman zuzena dago, eta legez nahitaez bete beharrezkoa, lanpostuen zerrendaren, enplegu publikoaren eskaintzaren eta hautaketa-prozesuen deialdien artean.

Hizkuntza-eskakizunei buruz aplikatu beharreko araudiak zehaztaperen bikoitza du. Alde batetik, lanpostu orok hizkuntza-eskakizun bat du lotuta, eta hizkuntza-eskakizun hori lanpostuari esleitutako eginkizunen arabera zehaztuko da. Beste alde batetik, hizkuntza-eskakizun horiek derrigortasun-data bat izan dezakete edo ez, hau da, hizkuntza-eskakizun hori egiaztatzea ezinbesteko da, data hori heldzean, lanpostua betetzeko.

Aplikatzekoa den araudi autonomikoa otsailaren 22ko 19/2024 Dekretuak, jasotzen du nahitaez bete beharreko indize bat dagoela, eta indize hori EUSTATEk emandako datu batzuek zehazten dutela, administrazio bakoitzaren jarduera-eremuaren barruan aitortutako euskaldunen eta ia euskaldunen kopuruari dagokionez.

Indize hori ehuneko jakin bat da, eta administrazioaren lanpostuetako dotazio guztietan proiektatzen da, eta ez hautaketa-prozesuetako deialdietan, ez eta enplegu publikoaren eskaintza bakoitzean jasotako plazetan ere.

Argitu behar da lanpostu berean hainbat dotazio egon daitezkeela, hala nola, polizia-agentearen lanpostua, administrari laguntzailearen lanpostua, administrariarena, etab., eta nahitaez bete beharreko indizea aplikatzeko, erakunde bakoitzean dauden dotazio guztiak hartu behar dira kontuan, eta ez deialdi bakoitzean agertzen diren plazak.

Duela oso gutxi arte, baketsua izan da nahitaez bete beharreko indizea, plangintzaldi bakoitzerako ezartzen zena, gutxienerako helburu-indize gisa eratzen zela interpretatzea, eta hala ulertu dute bai Eusko Jaurlaritzak, bai udalerriek eta Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 549/2011 epaian, obiter dicta batean, nahitaez bete beharreko indize horren gutxienerako kontzeptua aipatzen da.

2021etik aurrera, eta partikular batek Irungo udaltzaingoko plazak hautatzeko deialdiaren oinarri batzuen aurka jarritako administrazioarekiko auzi-prozedura batean, EAEANK ez du autonomia-erkidegoko

araudia aplikatzen; aitzitik, funtzio publikoetara sartzeko berdintasun-eskubidearen eta deialdi zehatzaren oinarriekin alderatzean oinarrituta ebazten du prozedura, berdintasun-printzipioa urratzea ekarriko ez duen proportzionaltasun-printzipioaren eskakizuna baloratuz, eta irizpide hori aintzat hartuta legez kanpokotzat jotzen du deialdia, kontutan hartu barik indarrean dagoen araudi autonomikoa proportzinalitatean oinarritzen dela.

Horretarako, Konstituzio Auzitegia hizkuntzen koofizialtasunaren printzipioari eta haren ondorioei buruz emandako epai batzuetan oinarritzen da, baina ez ditu azken epaiak aipatzen, bere lehen faseko epaiak baizik, gaurkotuago batzuk alde batera utzita, ziur aski bestelako epai bat ahalbidetuko luketenak.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak emandako epaien arabera, herritarrek funtzio publikoan berdintasun-baldintzetan sartzeko duten eskubidea eta herritarrek Euskal Autonomia Erkidegoko edozein hizkuntza ofizialetan administrazio publikoarekin harremanak izateko duten eskubidea bermatzeko duten betebeharra kontrajartzen dira modu abstraktuan, Konstituzioak funtzio publikoan sartzeko eskatzen duen merezimendu eta gaitasuna, eta Euskadiko Toki Erakundeek buruzko Legean eta indarrean dagoen Enplegu Publikoari buruzko Legean jasotako legezko xedapenak kontuan hartu gabe. Azken hauek euskarra herri-administrazioen lan-hizkuntza gisa definitzen baitute, lan-hizkuntza ez baztertzailerik baina erabilgarria dena.

Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren Administrazioarekiko Auzien Salari buruz arestian adierazitakoa hiru ataletako biri buruz baino ezin da esan, hain zuzen ere, lehenengoari eta hirugarrenari buruz; izan ere, bigarren atalak indarrean dagoen araudi autonomikoa aplikatzen du, eta horrek segurtasun-gabezia juridikoaren sentsazioa areagotzen du, administrazio publikoek araudi autonomikoa errespetatu arren.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak, aipatutako bi atalen bitartez, esan ohi du deialdi zehatzetan edo deialdi zehatzetako sailkapen-taldeetan eman behar dela hizkuntza-eskakizunen proportzionaltasuna, eta proportzionaltasun-faltaren argudiotzat hartzen du kasu askotan nahitaez bete beharreko indizea gainditzea, eta horrek segurtasun juridikorik ezaren eta gai horri buruz agertzen ziren irizpideak aldatzearen arazoa eragin du.

Gaur egun, sektore publikoan hizkuntza-normalizazioari buruzko otsailaren 22ko 19/2024 Dekretuan nahitaez bete beharreko indizeari ematen zaion interpretazio nagusia ez da gutxienekoen indizea, baizik ta dagokion plangintzaldian lortu nahi den helburua.

Jurisprudentiaren jarraibideak aldatzen ari direnez, eta horrek sortutako gatazkak, beharrezkoa egiten dute herritarrek funtzio publikoan sartzeko duten eskubidearen eta hizkuntza koofiziala izatearen arteko oreka lortzea. Izan ere, horrek behartzen du administrazioa modu eraginkorrean bermatzera administrazioarekin herritarrak aukeratzen duen hizkuntza koofizialean harremanak izateko duen eskubidea, bai eta administrazioak hizkuntza ofizialetako edozeinetan funtzionatzeko duen aukera ere, beste hizkuntzatik baztertzeko irizpiderik gabe.

Eman diren erabaki judizialetan, funtzio publikora sartzeko berdintasun-printzipioa eta deialdiko plazetan euskara eskatzea aurrez aurre jartzen dira, eta deialdiaren xede diren plazetan proportzionaltasunik ez badago nahitaez bete beharreko indizearekin, uste dute kanpoan uzten direla euskaraz ez dakiten pertsonak eta hori diskriminatzailetzat jotzen dute, nahita bete beharreko indizea behar bezala ez aplikatu, eta, oro har, ahaztu egiten da funtzio publikora sartzek, Konstituzioaren 103. artikulua araber, merezimendu- eta gaitasun-printzipioak errespetatzea ere eskatzen duela.

Adierazi behar da Konstituzioaren 23.2 artikulua funtzio eta kargu publikoetara berdintasun-baldintzetan iristeko eskubidea aitortzen diela

herritarrei, legeek adierazitako betekizunekin, eta Konstituzioaren 103.3 artikulua xedatzen du legeak arautuko duela funtzio publikorako sarbidea, merezimendu- eta gaitasun-printzipioen arabera.

Horrela, funtzio publikoan sartzeko eskakizunek eta baldintzek merezimendua eta gaitasuna egiaztatzeko balio dute, Konstituzio Auzitegiak behin eta berriz adierazi duen bezala. (KAEak: 193/1987, abenduaren 9koa; 206/1988, azaroaren 7koa; 67/1989, apirilaren 18koa; 27/1991, otsailaren 14koa; eta 215/1991, otsailaren 14koa).

Argi dago lotura zuzena dagoela Konstituzioaren 23.2 eta 103.3 artikuluetan, Konstituzio Auzitegiak aitortzen duen bezala, eta, beraz, nahiz eta merezimendu- eta gaitasun-printzipioak Konstituzioaren 103.3 artikuluan formulatuta egon, bi artikuluen interpretazio sistematikoak eta elkarrekiko beharrezko harremanak, aukera ematen dute ulertzeko Konstituzioaren 23.3 artikulua ezartzen duela funtzio publikoan sartzeko ez dela eskatu behar merezimendu- eta gaitasun-kontzeptuekin zerikusirik ez dituzten eskakizunik edo baldintzarik. Hortik ondorioztatzen da 23.2 artikulutik ez dela sortzen berariazko eginkizunak betetzeko eskubidea, baizik eta, bidezko hautaprotetan parte hartzekoa, hala dagokionean.

Auzitegi Gorenak 1986ko otsailaren 22ko epaian azaldu zuenez, Konstituzioaren 14. artikulua printzipioa ezin da interpretatu pertsona oro edozein kargu, lanbide, funtzio edo ogibidetan aritzeko moduan egotearen zentzuan; izan ere, horretarako ezinbestekoa da titulazio espezifiko bat, ezagutza batzuk, adin jakin bat, proba jakin batzuk eta abar betetzea. Hori dela eta, Konstituzioaren 103.3 artikulua aplikatu behar da, funtzio publikorako sarbidea arautzen duena, merezimendu- eta gaitasun-printzipioen arabera.

Ildo horretan, Konstituzio Auzitegiak, EAeko Justizia Auzitegi Nagusiak Irungo kasuan aipatzen dituen ondorengo epaietan, Funtzio Publikoari buruzko Kataluniako Legeari buruzko 46/1991 epaian alegia,

adierazi du hizkuntza koofizial baten ezagutza exijitzeko betekizuna merezimendu- eta gaitasun-printzipioetan oinarritzen dela, eta proportzionaltasuna neurtu behar dela hautatu beharreko lanpostuen funtzioekin lotuta egon behar duen jakintza-maila galdagarriari dagokionez.

Konstituzio Auzitegiak, Kataluniako Estatutuari buruzko ekainaren 28ko 31/2020 epaian, baztertu egin zuen herritar guztiei katalanaren ezagutza inposatzeko betebeharrak, baina onartu egin zuen, a priori, betebeharrak, besteak beste, funtzionarioei banaka ezartzeko konstituzionaltasuna, funtzio publikoak lotura berezia duelako, eta herritarrek hizkuntza aukeratzeko duten eskubidea betetzeko betebeharrak duelako.

Ildo horretan, argigarria da Estatuko oinarrizko arau batean xedatutakoa, Enplegatu Publikoaren Estatutuaren Testu Bateginean, hain zuzen ere. Izan ere, 56.2 artikuluan, enplegu publikora sartzeari buruzkoan, hau xedatzen du: *Administrazio publikoek, beren eskumenen esparruan, bi hizkuntza ofizial dituzten autonomia-erkidegoetan lanpostuak betetzeko behar bezala gaitutako enplegatu publikoen hautaketa aurreikusi beharko dute* eta emandako agindu hori banan-banan islatzen da enplegatu publikoek dagoeneko testu horren 54.11 artikuluan, enplegatu publikoen betebeharren barruan jokabide-printzipio gisa, honako hau xedatzen baitu: *Herritarrei eskatzen duten hizkuntzan arreta emango zaiela bermatuko dute, lurraldean ofiziala bada*.

Azkenik, honako hau berresteko: funtzio publikoan sartzeko gaitelania ez ezik, hizkuntza ez-ofiziala ere jakitea eskatzea ez da ohiz kanpokoa, eta ez da legez kanpokotzat jotzen, merezimendu- eta gaitasun-irizpideei lotuta baizik. Horren adibide da Estatuko Administrazio Orokorreko kidegoetan sartzeko ingelesa edo frantsesa jakitea, Estatuko Abokatzarako hautaprobek deialdian (2024ko azaroaren 15eko BOE, 274. zk.), Estatuko Administrazio Zibilaren Goi Mailako Kidegoan (2024ko uztailaren 27ko BOE, 181. zk.), Estatuko Kontu-hartzaileen eta Auditoreen Goi

Mailako Kidegoan (2024ko abenduaren 30eko BOE, 314. zk.). Betekizun horiek merezimendu- eta gaitasun-printzipioei lotzen zaizkie, eta ez dira diskriminatzailetzat jotzen, ezta Konstituzioaren 14. edo 23. artikuluen aurkakoak ere.

Bestalde, gogoratu behar da Konstituzioak ere baduela hizkuntza koofizialak babesteko betebeharra, bai eta desberdintasun-egoeran dagoen hizkuntza koofizialari laguntzeko neurri positiboak hartzekoa ere, Konstituzio Auzitegiak berak aitortzen duen bezala, eta argi dago gaur egun desberdintasun-egoeran dagoen hizkuntza euskara dela.

Argi dago gaur egun enplegatu publikoen eta lanpostuen ehuneko ehunek gaztelania jakitea eskatzen dutela, nahiz eta Europar Batasunaren eremuko herritarrek enplegu publiko jakin batzuk eskuratu ahal izan, eta, jakina, ez dute gaztelania jakiteko betebeharririk, eta onartuta dago neurri horrek ez duela enplegu publikorako sarbidean berdintasun-printzipioa urratzen.

Adierazitakotik ondoriozta daitekeenez, euskararen ezagutza-eskakizunaren proportzionaltasuna aztertu behar da, kontuan hartuta, batetik, enplegu publikora berdintasun-baldintzetan iristeko eskubidea, eta, bestetik, enplegu publikora merezimendu- eta gaitasun-printzipioetan oinarrituta sartzeko konstituzio-eskakizuna.

Merezimenduak eta gaitasunak justifikatzen dute euskara jakitea, gaztelaniaz gain, enplegu publikora iristeko, eta zer lanpostutan eskatuko den eta zer euskara-maila eskatzen den zehaztea, lanpostuaren eginkizunen eta herritarrek hizkuntza aukeratzeko duten eskubidea bermatzeko betebeharraren arabera, eta euskara, gaztelania bezala, lan- eta zerbitzu-hizkuntzat hartzeko betebeharraren arabera.

Garrantzitsua da azpimarratzea egungo lege-esparru propioak, zehazki Euskadiko Toki Erakundeei buruzko Legeak (ETEL), hala nola Eus-

kal Enplegu Publikoari buruzko Legeak, euskara zerbitzu-hizkuntza eta lan-hizkuntza gisa txertatzen duela herri-administrazioan. Irismen hori ez dago berariaz jasota 1982an onartutako euskararen erabilera normalizatzeko oinarritzko Legean, hau da, duela 40 urte baino gehiago, eta onarpen horrek ondorioak ditu enplegu publikora iristeko egiaztatu beharreko merezimendu- eta gaitasun-eskakizunetan.

Gure araudiak, erakunde bakoitzari onartu beharreko normalizazio-planei edo plan estrategikoei esleitzen die administrazio publiko bakoitzean zehazteko lan hori.

Nahitaez bete beharreko indizea zehazteko irizpide bakar eta unibertsal bati eustea, hau da, derrigorrezko hizkuntza-eskakizuna izan behar duten lanpostuen hornidura-kopurua zehazten duenari eustea, ez dator bat, nahitaez, proportzionaltasun-irizpidearekin; izan ere, horrek esan nahi du administrazio publiko bakoitzaren berezitasunei jaramonik ez egitea eta, udalerrien kasuan, udal-autonomiaren printzipioari ez erantzutea, horrek politika publiko bereziak zehazteko aukera ematen baitu esleituta dituzten eskumenen barruan.

Euskadiko udalek, ETELen bidez, eskumenak dituzte euskararen arloan eta hizkuntza-normalizazioaren arloan, eta, beren eskumenetako edozein gauzatzean bezala, tarte bat izan behar dute aukera politiko bakoitzak herritarrek aurkeztutako programei erantzungo dieten eta lortutako ordezkagarritasunaren arabera gauzatuko diren politikak ezartzeko.

Kontuan izan behar da bost urtean behin hizkuntza-plangintza bat egiteko orduan, autonomia-erkidegoko araudiak hala eskatzen baitu, beharrezkoa dela hainbat faktore kontuan hartzea, herritarren euskararen ezagutzaz gain. Datu hori EUSTATen datuen bidez egoera soziolinguistiko gisa ezagutzen denarekin lotzen da, eta horrez gain kontuan hartu behar dira, nire ustez, besteak beste, honako faktore hauek: biztanleriaren tamaina, plantillaren dimentsioa, dauden lanpostuen aniztasuna, plantilla-

ren modernizazio- edo erretiro-aurreikuspenak, prozeduren modernizazio-maila, hizkuntzak lan- eta zerbitzu-hizkuntza gisa erabiltzean dagoen barne-errealitate linguistikoa eta administrazio publiko bakoitzak bereizitasun propioak izatea eragiten duten antzeko gaiak, eta, gainera, politika publiko bereziak ezartzeko aukera errespetatu behar zaio.

Gaur egun nahitaez bete beharreko indizea definitzeko kontuan hartzen den datu bakarra EUSTATEk emandakoa da. Datu hori garrantzitsua da, eta funtsezkoa izan behar du administrazio bakoitzak, hizkuntza-plan-gintzako bere tresna onartzen duenean, derrigortasun-datak esleitzeko irizpideak zehazteko orduan. Irizpide horiek proportzionaltasun-irizpideari ere erantzun behar diote, herritarrei aukeratzen duten hizkuntzan arreta emango zaiela bermatuta, euskara ere lan-hizkuntza gisa ezartzeko aukera emanez, gaitelaniaz gain, eta enplegu publikora iristeko printzipio gidari diren merezimendu- eta gaitasun-berdintasunaren printzipioa errespetatuta.

Horregatik, komenigarritzat eta arrazoizkotzat jotzen dut egungo araudia aldatzea. Izan ere, herri-administrazioek, beren hizkuntza-plangintzarako tresnak definitzerakoan, ez dute egon behar administrazio guztietarako izaera orokorreko zehaztapen baten menpe, baizik eta zehaztapenak administrazioaren funtzionamenduan proportzionaltasun-, efizientzia- eta eraginkortasun-printzipioari erantzuten behar dio, enplegu publikora iristeko berdintasun-, merezimendu- eta gaitasun-printzipioetan oinarrituz, eta administrazio bakoitzaren espezialitateei erantzuna ematen.

Segurtasun juridikoa emateko, komenigarria litzateke hizkuntza-plangintzako tresna hori, lanpostuen zerrendetan eta, ondoren, enplegu publikoaren eskaintzetan eta hautaketa-prozesuen deialdietan jaso beharreko zehaztapenen euskarria izango dena, argitaratzea, eta, are gehiago, eragindako herritarrek alegazioak aurkezteko epeak izateko aukera planteatzea, behin betiko onartu aurretik. Onarpena Eusko Jaurlaritzako organo es-

kudunak dagokion txostena egin ondoren egingo litzateke, eta onespena argitaratu egin beharko litzateke, horrela ezagutu ahal izateko eta irizpide horien aplikazioan desbideratzerik dagoen egiaztatu ahal izateko, eragina duten tresnetan, hala nola lanpostuen zerrendetan, enplegu publikoaren eskaintzetan eta enplegu publikoak hautatzeko deialdiaren oinarrietan.

Proposamen horrek egungo Euskal Enplegu Publikoaren Legea aldatzea eskatuko luke, zehazki, 187. artikulua, 3. puntuari paragrafo berri bat gehituz. Paragrafo horretan, argitaratu egingo den tresna horretan, erakunde bakoitzaren berezitasunak kontuan hartuta, nahitaez bete beharreko indizea zehaztuko da, bai eta lanpostuen zuzkidurei derrigortasun-datak esleitzeko irizpideak ere, gerora enplegu publikoko eskaintzetan eta hautaketa- eta hornidura-prozesuen oinarri arautzaileetan islatuko direnak.

Idazketa horrek edo antzeko batek, onartuko balitz, 19/2024 Dekretua aldatzea eskatuko luke. Bertan, nahitaez bete beharreko indizea zehazteko kontuan hartu beharreko gaiak jasoko liriteke, eta funtsezko datua errealitate soziolinguistikoa izango litzateke, gaur egun kontuan hartzen den datu bakarra.

Era berean, segurtasun juridikoaren mesedetan, komenigarria litzateke zehaztapen bat sartzea, aldi baterako bada ere, onartutako lanpostu-zerrendetan dauden hizkuntza-eskakizunak indarrean mantenduko direla adierazteko, harik eta kasuan kasuko administrazioek eta hizkuntza-plan-gintzako tresnen bidez aldatzen ez dituzten arte.

La Discapacidad y la ley de Derecho Civil vasco

Manuel María RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO

Notario (1983–2021)

Dtor. de la sección jurídica de la Fundación Aequitas

Vicepresidente de la Fundación de Apoyos Usoa

Dentro del Derecho Privado las normas forman un cuerpo normativo independiente cuando toman como referencia unos criterios básicos diferenciados del cuerpo común del que formaban parte. Así, el Derecho Civil, como cuerpo principal dentro del Privado, parte de unas bases de igualdad de todos sus sujetos en sus capacidades, en la defensa de sus intereses, lo que provoca unos medios para robustecer la seguridad jurídica: presunción de buena fe, criterios subjetivos en las relaciones reguladas, entre otros. Cuando aparecen unos intereses que representan criterios diferentes, se independiza un cuerpo de normas para formar un sistema jurídico distinto, que sirve mejor a estos intereses. Así podemos verlo con la formación del Derecho Mercantil en los siglos pasados, que acude a criterios objetivos, distintas bases para la seguridad jurídica (basta examinar la letra de cambio, su formalismo y automática ejecutividad, que dentro del ámbito mercantil es una herramienta adecuada, pero cuando se presume que los usuarios no comerciantes conocen sus formalismos y los efectos de cada posición jurídica, falla).

En el siglo XXI podemos asistir al desarrollo de cuerpos normativos que atienden a criterios distintos y van utilizando normas específicas. Por

ejemplo, el Derecho de los Consumidores y el Derecho de la Discapacidad. Aún no forman una disciplina específica, pero se empiezan a regir por normas especiales.

Centrándonos en la discapacidad, van naciendo dos tipos de normas. Unas, específicas para los sujetos interesados, las personas con discapacidad y otras aplicables a todos los sujetos, con o sin discapacidad. Por referirnos sólo al ámbito civil, un claro ejemplo es la Ley 41/2003, que crea el Patrimonio Protegido de estas personas, modifica artículos del Código Civil teniendo en cuenta esta situación, y desarrolla algunas normas útiles para este fin, como el artículo 831 (fiducia sucesoria,) y el contrato de alimentos. Debemos hacer referencia también a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2006, integrada en nuestro Ordenamiento Jurídico en 2008, en la que, referente al Derecho Civil, cambia el criterio clásico, aún vigente, de nuestro Código (las personas “que no pueden gobernarse por sí mismas” son apartadas del ejercicio de sus derechos, que se realiza por otro, lo que se traduce en la tutela), por el sistema desarrollado en el artículo 12, según el cual, y es norma vigente de nuestro Ordenamiento Jurídico, las personas con discapacidad, o sea, las que no pueden o tienen dificultades para gobernarse por sí mismas, han de ser objeto de apoyos que serán controlados por una autoridad, para que puedan ejercitar, ellas mismas, sus derechos.

Es decir, que incluidas en lo que estoy denominando Derecho de la Discapacidad, que por ahora carece de un reconocimiento específico, hay dos tipos de normas. Unas van destinadas directamente a estas personas. Otras se refieren a los ciudadanos en general, pero son útiles para obtener los efectos que permitan mejorar su situación.

Centrándonos en la Ley 5/2015, la palabra discapacidad aparece una vez, en una norma específica para ellos. Se trata del artículo 28.3¹, refe-

¹ **Artículo 28.** *Revocación o modificación a la muerte del testador.*

rente a una de las causas que motiva la revocación automática de todas las disposiciones del testamento mancomunado entre miembros de un matrimonio o pareja de hecho por su extinción. Exceptúa de esta revocación aquellas realizadas a favor de un hijo menor o con discapacidad.

Un segundo punto donde aparece específicamente una referencia a la discapacidad, pero sin citarla, es una especialidad del testamento en peligro de muerte, denominado “**hil-buruko**”. En su regulación del derecho común, como en el vasco, esta situación permite otorgarlo con menos requisitos formales, con testigos. Lo mismo indica la legislación vasca al respecto². La intervención de autoridad, del notario, se posterga a un momento posterior (como en el ológrafo). Y el propio testamen-

[...]

3. Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre éstos, dejarán sin efecto todas sus disposiciones, excepto las correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado.

² **Artículo 23.** *Testamento en peligro de muerte o «hilburuko».*

1. El que, por enfermedad grave u otra causa, se halle en peligro inminente de muerte, podrá otorgar testamento ante tres testigos idóneos sin intervención de notario y sin necesidad de justificar la ausencia de fedatario público. Este es el testamento que en lengua vasca se denomina «hilburuko».

2. No será necesario redactar por escrito el testamento y leerlo al testador cuando no lo permita la urgencia del caso, pero, una vez haya declarado con palabras dispositivas su última voluntad, se escribirá lo antes posible.

3. Este testamento quedará ineficaz si pasasen dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte. Si el testador falleciese en dicho plazo, quedará también ineficaz el testamento si no se presenta para su adverbación y elevación a escritura pública en la forma prevenida en las leyes procesales dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento.

4. En caso de que, habiendo salido el testador del peligro de muerte, quede incapacitado para otorgar un nuevo testamento, el plazo para la adverbación y la elevación a escritura pública será de tres meses contados desde aquel primer instante.

5. Adverado judicialmente un testamento se procederá a su protocolización notarial.

to decae si el acontecimiento que lo provocó, el peligro de muerte, no ocurre en un plazo corto (23.3, dos meses). Pero aquí se ha previsto otra consecuencia posible del acontecimiento de riesgo: que el testador no fallezca pero quede incapacitado (en su sentido vulgar, “no capaz de”) para otorgar testamento. Se asimilan sus efectos al fallecimiento; se debe advenir, y el plazo para ello es, como en caso de fallecimiento, de tres meses, at. 23.4, *contados desde aquel primer instante*. ¿Cuál es ese primer instante?

En el supuesto de muerte, la adveración el plazo comienza desde el fallecimiento, citado en el 28.2. Si queda incapacitado para otorgar otro, su protocolización tendría el efecto de disponer de un testamento válido que, en un futuro en el que pudiera recuperarla (por ejemplo, salir de un coma), sería revocable por otro posterior. De modo que aquel “primer instante” debemos entender que se refiere al acontecimiento que ha provocado la incapacitación para modificarlo, con el mismo trato que si produce la muerte.

En el grupo de normas no establecidas pensando en la discapacidad, pero útiles para su atención, debemos encuadrar la nueva regulación de las **legítimas**, el **poder testatorio**, el **testamento mancomunado** y el **pacto sucesorio**.

¿Por qué? La situación económica en que se encuentran las personas con discapacidad es que generan más gastos que las que no la tienen, gastos derivados de la atención a la causa que la genera, tratamientos, apoyos físicos (sillas de ruedas, máquinas especiales, monitores, asistentes...). Por el contrario, generan normalmente menos ingresos que los demás, tienen mayores índices de paro o trabajos peor pagados. Esto provoca que deban acudir a una fuente de financiación secundaria (independientemente de la atención que se les pueda asignar vía dependencia, que suele ser insuficiente). Esta fuente es el ahorro familiar, el patrimonio de la familia. Por ello, son necesarias herramientas que permitan asignar este patrimonio

a la atención de estas personas. De ahí la utilidad del testamento mancomunado, el poder testatorio y el pacto sucesorio, herramientas útiles para ello, y la configuración de la legítima como colectiva. Así se hizo en el Código Civil en la limitada reforma de la citada Ley 41/2003 (fiducia sucesoria, alimentos y una ligera modificación de la legítima, además del patrimonio protegido) y así se ha hecho con la Ley 5/2015 con las instituciones que he señalado.

Una segunda cuestión es la conveniencia de que la administración de este patrimonio familiar se realice por los más cercanos al discapacitado, sus padres o afines, o incluso de profesionales. Y de que esta administración se prolongue lo más posible, hasta el fallecimiento del último de los progenitores, o más allá. Esta situación se puede atender con la figura del comisario y su regulación como administrador y representante de la herencia yacente, con independencia de sus facultades como distribuidor.

Con carácter previo, es preciso tener presente que, en general, en derecho de sucesiones, se parte de un principio general: **la voluntad del causante** es ley de la sucesión. “Ley” o principio que, en los sistemas sucesorios aplicables en España, cuenta con numerosas excepciones. En el Derecho Civil Vasco esta idea es consagrada ya desde su artículo 4, que la trata con carácter general³, y que se va manifestando a lo largo del articulado en referencia a las numerosas normas que, al tratar alguna institución, han establecido o añadido a sus precedentes “salvo disposición (o pacto) en contrario”, o similares. En suma, la voluntad del causante ha incrementado su importancia con el Derecho Civil Común Vasco.

³ **Artículo 4.** *El principio de libertad civil.*

De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero.

Veamos ahora instituciones de la Ley 5/2015 útiles en la atención de personas con discapacidad.

I. LA LEGÍTIMA

Hagamos referencia antes de comentar este punto a dos novedades de la Ley que, aparentemente, no tienen nada que ver con la situación de los discapacitados:

La **responsabilidad del heredero por las deudas del causante**. Podemos considerar como un principio básico del Derecho de Sucesiones que el heredero sucede en los derechos, activo de la herencia, y en las deudas, pasivo de la herencia. La novedad reside en el artículo 21.2, conforme al cual 2. *El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación*. La novedad frente a otras legislaciones es ese *hasta el valor de los bienes heredados*; se produce con carácter general, y sin necesidad de sus requisitos, el efecto del beneficio de inventario del Código Civil.

A continuación se establece un derecho a favor de los acreedores de esas deudas que pueden quedarse sin pagar, el **beneficio de separación**⁴. Los acreedores (lo que se extiende a los legatarios), pueden exigir, a través del Juez, que se haga inventario y se separen estos bienes, que quedarán afectos al pago de sus créditos con preferencia de los acreedores particu-

⁴ Sigue el artículo 21: “3. A los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación que los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías”. Luego sigue su regulación, que aquí obviaremos.

res del heredero. En el mismo sentido el 43.3 cuando haya comisario, con la diferencia de que pueden reclamarlo primero a éste y después al Juez.

1.1) La legítima en los derechos continentales

El **concepto** habitual de legítima suele referirse a una porción de bienes de los que el testador no puede disponer por estar reservados por la ley a determinados parientes. Pero este concepto clásico está demasiado influido por Código Civil. No incluye la legítima de Cataluña, que consiste en parte del valor de la herencia, no necesariamente bienes de esta, y a esta idea se suma la vasca⁵. Tampoco incluye los sistemas de legítima formal. Fuera de los que conocemos en España, si giramos la vista hacia los derechos anglosajones, enseguida vemos la idea de que allí no hay legítima. Pero si que hay una porción del valor de una herencia que tiene como destino a personas determinadas por el sistema jurídico, aquí muy detallado por la Jurisprudencia.

Vamos a revisar el concepto de la “parte del valor de una herencia de la que el testador no puede disponer por estar reservada por el sistema jurídico a determinadas personas”, y qué es el sistema sucesorio del País Vasco.

En los derechos que se aplican en el País Vasco, y en España en general, tenemos dos tipos: la formal, en la que basta con nombrar a los legitimarios (Fuero de Ayala y Navarra, en concreto) y la material, en la reciben una parte de bienes o una cantidad con cargo a ellos (este último caso, en Cataluña y el País Vasco). Lo que se recibe puede ser por partes iguales, denominada legítima individual (como la legítima estricta del Código Civil), o la denominada colectiva, en que debe recaer dentro del grupo de legitimarios (la mejora del Código Civil y la legítima del País Vasco y Aragón).

⁵ **Artículo 48.** *La legítima.*

La legítima es una cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico, ...

Característica común: recae en bienes (o su valor en los casos catalán y vasco y trata a todos los legitimarios por igual, cualquiera que sea su situación.

En relación con las personas con discapacidad, hemos visto que tienen más necesidades y menos medios, la legítima igualitaria no les soluciona mucho, tienen que compartirla en plan de igualdad con sus hermanos. En la legítima formal pueden ser privados de los bienes al igual que los demás.

En cambio, la legítima colectiva les puede venir bien. Permite concentrar bienes en su beneficio. Requisito previo, que haya una manifestación de voluntad por parte del testador o por parte de aquel en quién éste ha delegado: el cónyuge con facultad de mejorar del 831 del Código Civil, que se aplica sólo a descendientes comunes, o la legítima de la Ley Civil Vasca, a través del poder testatorio que ahora veremos.

Por otro lado, la combinación de la parte de libre disposición (que en el País Vasco ha aumentado de uno a dos tercios) junto con el carácter colectivo de la legítima, permite al testador disponer de todo su patrimonio, o los bienes o porcentajes que considere, a favor de la persona que lo necesitará.

Esto ya es una ventaja, pero recordemos que necesita una disposición del testador en este sentido. A falta de ella, todos los legitimarios ocupan la misma posición. Su derecho no depende de su situación subjetiva (sus necesidades) sino objetiva (su parentesco). Y, además, permite la solución contraria: que no se deje nada al discapacitado (en casos en que se piensa que necesita poco y que la Administración se encargará de proveer estas escasas necesidades, manteniendo el patrimonio familiar unido en los demás descendientes).

La mayor parte de los países europeos siguen el sistema legitimario de reservar bienes de la herencia o una parte de su valor a favor de unos parientes determinados por su cercanía al causante.

1.2) La legítima en los derechos anglosajones

Hemos visto que hay otra vía. Los derechos anglosajones normalmente recogen la libertad de testar. No hay legítima tal como la conocemos nosotros. Pero hay personas con más necesidades que otras, y por ello se otorga la posibilidad de solicitar alimentos a cargo de la herencia que dependerán de la situación de necesidad del solicitante. No requiera una disposición del testador. “... se contemplan las llamadas ‘family provisions’, por medio de las cuales la autoridad judicial, discrecionalmente, dispone a favor de los dependientes del causante la provisión de bienes suficientes para sobrevivir o, según los casos, para llevar una vida de nivel parecido a la que llevaban con anterioridad al fallecimiento del causante”⁶.

En este sistema los beneficiarios no están en la misma posición. Su derecho depende de sus circunstancias subjetivas, y no se requiere un acto del causante.

¿Aplicación en Derecho Vasco?

¿Hay alguna aproximación a la consideración de necesidad, sin depender de la voluntad del testador? ¿Hay alguna superación de la voluntad del testador en el caso de que este decida apartar a la persona con discapacidad de la herencia para reservarla a otras personas más “productivas”? Tenemos una leve aproximación que está pasando desapercibida. Parte de las obligaciones de alimentos que tiene una persona respecto de otras. Recordemos que una persona con discapacidad que lo necesite es acreedora de un derecho de alimentos en sentido amplio, conforme al artículo 142 y siguientes del Código Civil, respecto de sus progenitores. Esta obligación se extingue con el fallecimiento del deudor.

⁶ ANDERSON, Miriam, *Una aproximación al Derecho de Sucesiones Inglés*.

Veamos ahora la situación con independencia del poder testatorio. El artículo 21 lo considera como un **gasto de la sucesión**⁷. Tenemos que se pagará con cargo al caudal relicto (21.1); que pasa a los herederos (21.2); que llega hasta el valor de los bienes de la herencia por ser una carga de esta (21.2), y que pueden instar el beneficio de separación (21.3). Y lo podemos aplicar también en el caso de comisario distinto al cónyuge o pareja, al que se limita el artículo 43.3.

De este modo, utilizándose la figura del **comisario**, el artículo 38 prolonga el deber de alimentos (a cargo de los rendimientos) mientras dure la situación de falta de reparto de la herencia⁸. El comisario y los herederos pueden no ser progenitores del discapaz, y la obligación recaía solo en el causante. Este artículo la prorroga después de su muerte. En el

⁷ **Artículo 21.** *Gastos de la sucesión y beneficio de separación.*

1. Se pagarán con cargo al caudal relicto:

a) Los **alimentos** debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas, ...

2. El heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación.

3. A los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación que los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.

⁸ **Artículo 38.** *Derecho de alimentos pendiente el ejercicio del poder testatorio.*

Pendiente el ejercicio del poder testatorio, tendrán derecho a alimentos los hijos y demás descendientes del causante en situación legal de pedirlos, con cargo a los rendimientos de los bienes hereditarios, si no hubiera otra persona obligada a prestarlos.

mismo sentido el artículo 43.3⁹. Esta última norma (a cargo de los bienes de la herencia) y añade el derecho de separación; se establece dentro del artículo 43.3, que lo regula con un contenido aplicable por defecto en la situación de comisario viudo, pero no hay ningún obstáculo para que se ordene respecto de cualquier otro. Y fijémonos que, en relación con los acreedores de alimentos, no indica que sean descendientes comunes; simplemente han de ser alimentistas del causante. Es decir, la aproximación al sistema legitimario anglosajón en este punto es bastante evidente.

Hasta aquí estos artículos se refieren a descendientes, no necesariamente menores, sino *en situación legal de pedirlos* (38).

Más aún. La **Jurisprudencia** ha tratado este tema en caso de discapacidad, en sede de separación o divorcio. El artículo 96 del Código Civil, a los efectos de separación matrimonial, establece un derecho preferente en el uso de la vivienda conyugal a favor de los hijos menores de edad a los que equipara, en 2021, a las personas con discapacidad certificada (porcentaje de discapacidad o dependencia, Disposición Adicional 4ª del Código Civil).

Enlacemos esto con el derecho de alimentos, artículos 142 y siguientes del Código Civil. En el primero comprende un primer nivel, incluyendo sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Lo amplía a la educación e instrucción mientras sea menor y aún después cuanto no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

El TS, en sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015, tratando situaciones de alimentos tras procesos de divorcio, ha sentado la siguiente doctrina: *La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que*

⁹ **43.3.** El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia.

los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Usando como justificación directa la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y recalando su ratificación por el Reino de España, afirma sobre la posibilidad de percibir pensión por invalidez, no es posible en estas circunstancias ... desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor. En cuanto a los derechos del discapacitado, son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores... lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

La jurisprudencia posterior a la Ley 8/2021, con la inclusión de las personas con discapacidad en el artículo 96, determina que la protección que consiste en la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores de edad se aplica, tras la modificación de este artículo, a los mayores con discapacidad, en este caso por el caso previsto en la sentencia, Cumplido el plazo previsto, se aplican las normas de los alimentos¹⁰.

Sustituycamos la situación que dispara los alimentos, del divorcio al fallecimiento del progenitor; consideremos los artículos 21, 38 y 43.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco (que no exigen el requisito de la convivencia en el domicilio familiar), y nos resultan unas personas con discapacidad que, independientemente de la legítima, son acreedores de los rendimientos de la herencia (respecto del comisario), repartida o no, o de los mismos bienes del caudal hereditario o del heredero hasta el límite del valor de lo heredado, siendo deudores respectivamente el comisario, como representante del caudal no repartido, o los herederos. Y la situa-

¹⁰ Ver sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2024:3298).

ción pasa a acercarse bastante a los derechos de las personas dependientes de otra como alimentistas.

Comparando ambos sistemas, en su base, la legítima continental, entre ellas las españolas, afectan a un porcentaje determinado de la herencia o su valor, depende de su importe total, mientras que la anglosajona depende de las necesidades del legitimario. Desde el punto de vista de las personas con discapacidad, lo que les interesa es cubrir sus necesidades, especialmente si estas son superiores a las de los colegitimarios y las posibilidades de cubrirlas por sus propios medios son menores.

Desde el punto de vista de las legislaciones que permiten un apartamiento, expreso o tácito, incluyendo aquí la mejora del Código Civil, el legitimario es susceptible de ser apartado, pero el acreedor de un derecho de alimentos no.

1.3) El Derecho de alimentos en la Discapacidad

En el punto anterior hemos llegado hasta el derecho (para unos sujetos) y la obligación (para otros) de prestar alimentos. Merece la pena detenernos un poco en relacionarlos con la situación de discapacidad.

En el Código Civil se regulan en los **artículos 142 y siguientes**. Debemos prestar atención a varias normas: el art. 142 en sus dos primeros párrafos, que incluye la educación e instrucción del alimentista¹¹. El 143, punto final, que lo incluye también en los que deben pres-

¹¹ **Artículo 142.**

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable....

tarse entre hermanos¹². El 146 y 147, también en cuanto a su extensión¹³. Y el 150¹⁴, que podemos considerar excepcionado por las normas de la LDCPV que ya hemos comentado: en relación con el derecho sucesorio vasco, no se extinguen por fallecimiento del obligado a prestarlo, continúan a cargo de su herencia pendiente de adjudicar.

Centrémonos en los conceptos “educación e instrucción” de la obligación de prestar alimentos, que como hemos visto pasan al comisario del deudor, centrándolos en la situación de discapacidad del alimentista.

Podemos acudir, dentro de nuestra legislación, a la **Declaración Universal Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico desde su publicación en el BOE el 21 de abril de 2008, con vigencia en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008.

El artículo 24 de la Convención trata ampliamente de la educación como derecho de las personas con discapacidad. Partiendo de un principio de asegurar “un sistema inclusivo a todos los niveles, así como de la

¹² **Artículo 143.**

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

¹³ **Artículo 146.**

La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Artículo 147.

Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

¹⁴ **Artículo 150.**

La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

enseñanza a lo largo de su vida” para, entre otras cosas, *Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre, contiene normas aplicables al sistema educativo; para brindar a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad; sistemas de comunicación, haciendo hincapié en el sistema braille y los sordomudos y sordociegos, para terminar asegurando que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, con los ajustes razonables precisos.*

Es fácil ver que este contenido, al que tienen derecho como alimentistas, excede bastante en la discusión a veces planteada en la jurisprudencia acerca de sufragar los gastos de educación privada o pública. Es mucho más duradera (*durante toda su vida*) y completa, es decir, una formación continua para permitir o mejorar su integración en la vida normal, como las demás personas.

1.4) Intangibilidad de la legítima

La cuestión de la intangibilidad de la legítima, es decir, la prohibición de limitaciones a estos derechos, ocupa poca extensión en la LDCPV. No obstante, si la comparamos con lo que hasta la Ley 15/2015 era nuestro Derecho Común, hay alguna diferencia reseñable.

La Ley se ocupa en un solo artículo, el 56. En su primer párrafo establece que la prohibición de lesionar la legítima no afecta a la *sustitución o gravamen* a favor de otros sucesores forzosos, que son todos los descendientes del causante, y su cónyuge o pareja inscrita. En el segundo que tampoco constituyen lesión de este derecho los reconocidos al mismo cónyuge o pareja ni el usufructo universal.

Pongamos esto en relación con dos situaciones: la primera, la probable conveniencia de establecer apoyos a la persona con discapacidad descendiente para la gestión o administración de su patrimonio. Queda abierta la puerta a establecer cualesquiera sistemas de administración, control o apoyo en la gestión del patrimonio heredado, siempre que los titulares de tales apoyos sean el cónyuge del causante (no necesariamente progenitor suyo) o cualquiera de sus otros descendientes.

La segunda situación da solución a un problema práctico que se plantea más a menudo de lo que parece. Habiendo un patrimonio familiar que se destine a un descendiente con discapacidad, al faltar éste pasará a sus herederos legales (normalmente hermanos o sobrinos) con un coste fiscal superior al que se pagaría si estos lo heredan directamente del ascendiente común. Esto lleva a dejar apartado, sin herencia, al que más lo necesita. A través de sustituciones, por ejemplo, una sustitución fideicomisaria de residuo en la que el titular con discapacidad pueda, con los apoyos establecidos como hemos visto, disponer a título oneroso y gastar lo heredado. El resto pasará a los fideicomisarios, que civil y fiscalmente estarán heredando al ascendiente, con un coste de impuestos sensiblemente inferior, lo que desincentiva el apartamiento de la persona con discapacidad.

1.5) Usufructo viudal

En esta materia de intangibilidad de la legítima debemos traer a colación la ampliación que se da en la Ley al usufructo del viudo en relación con la legítima¹⁵. Aún dicho de una forma indirecta, el testador puede establecer el usufructo sobre toda la herencia a favor del viudo o pareja

¹⁵ **Artículo 57.** *Usufructo universal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.*

El causante podrá disponer a favor de su cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas

de hecho inscrita, incluso sobre la legítima, pues abarca a todos los bienes. En consecuencia, nos encontramos liberados de la extensa utilización de la cautela soccini, que busca este mismo resultado en un sistema, el del Código Civil, que no lo permite, a base de amenazar a los legitimarios con la legítima estricta en vez de una cuota mayor.

Además, podrá el testador hacer compatible este legado con la atribución de la parte de libre disposición, dos tercios de la herencia, por lo que el viudo podría llegar a recibir dos tercios de la herencia en pleno dominio más el usufructo de la legítima. En ocasiones en que se pretende mantener el patrimonio familiar en manos del sobreviviente de los cónyuges, como es corriente en casos de discapacidad de algún descendiente, es un paso importante que no llega, no obstante, a las amplias facultades de la figura que veremos a continuación.

II. EL COMISARIO

La figura del comisario responde a una tradición en el Derecho Vizcaíno y a una tendencia en el sistema general sucesorio, que va en oposición al estricto principio general del Código Civil de que el testamento es un acto personalísimo que no puede encomendarse a otros. Así, en el sistema del Código se introduce tímidamente en el año 1981 y se desarrolla enérgicamente en su reforma del año 2003.

Una situación bastante habitual es la de un matrimonio con descendientes, alguno de los cuales tiene una discapacidad. Viviendo los dos, ambos administran y disponen del patrimonio familiar que han genera-

que la legítima del artículo 55. Salvo disposición expresa del causante, este legado será incompatible con el de la parte de libre disposición.

Si el causante los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

do o heredado. Normalmente hay un interés en dedicarlo a la atención prioritaria del descendiente con discapacidad, y pueden hacerlo. Esto puede incluir atribuciones de bienes o mejoras a su favor, o incluso al de su cuidador. Cuando uno fallece, es común el deseo de que el superviviente tenga esas mismas facultades. Pero esto choca, por un lado, con la intangibilidad de la legítima, que ya hemos visto que puede obviarse en el Derecho Vasco con el usufructo vidual. Por otro, con la prohibición del Código Civil de delegar la facultad de testar en otro, tradicional en el sistema jurídico que hemos seguido hasta ahora.

La corriente es común con el resto de los territorios de aplicación del Código, y hay una sensibilidad legislativa tendente a permitir delegar facultades de este tipo, de distribución por el superviviente de la herencia del primer fallecido. En este sentido tenemos las modificaciones del art. 831 del Código Civil en 1981 y 2003, que han permitido con bastante amplitud esta delegación de facultades distributivas. Redactado todo el artículo pensando en los cónyuges, aparece un último párrafo 6 que atribuye la mismas facultades a personas no casadas entre sí, con descendencia común.

En el Fuero de Vizcaya teníamos ya una construcción que lo permitía, el poder testatorio, y la actual Ley lo ha modernizado y ampliado para todo el País Vasco.

Mediante esta figura el disponente puede prolongar la situación de indivisión de la herencia por un plazo, normalmente vitalicio, durante el cual sus facultades en relación con su sucesión se transmiten a otra persona. Esta persona, en nuestro Derecho, se llama comisario, y el instrumento formal a través del cual éste ejercerá algunas de las facultades transmitidas se llama poder testatorio.

Básicamente, las facultades atribuidas al comisario se agrupan en tres categorías: disfrutar de la herencia como usufructuario; administrarla y repre-

sentarla, y distribuirla. La amplitud concreta dependerá de lo ordenado por el disponente, si bien, dado su origen en el matrimonio, se regula un contenido detallado para el caso de que el comisario sea cónyuge o pareja de hecho inscrita, también modificable (y ampliable a otros) por el disponente.

El origen parte de la consideración de un conjunto de bienes de la familia (privativos o comunes) destinados a la atención en primer lugar de los gastos de sus miembros, bajo la administración de los progenitores. Administración que se prolonga en el sobreviviente mediante la fiducia sucesoria (desarrollada en el Código Civil en 1981 y 2003) y la figura tradicional del comisario o usufructuario poderoso de los fueros vascos que permite que, fallecido uno de los cónyuges, el otro pueda continuar con la administración y determinar el destino futuro de los bienes para cuando falte. La presente ley toma el comisario del Infanzonado y lo extiende a todo el País Vasco, pero modernizándolo. Como es tradicional, no se limita a la pareja de progenitores; se pueden otorgar las facultades a otros, de dentro o de fuera de la familia. Mantiene un contenido fijado para el caso de pareja, pero este contenido se puede variar y, sobre todo, se puede atribuir a otros. La nueva organización de la legítima, su escasa extensión, permiten que se organice un sistema de administración (que puede no incluir las facultades de disfrute que, con aquella, configuran el usufructo) y posterior distribución de la herencia entre las personas que se indiquen por el testador.

¿Quién puede nombrar y cómo? Puede nombrar comisario, en testamento notarial, a cualquier persona (30). En capitulaciones o pacto sucesorio, los unidos por matrimonio o pareja de hecho (31), recíprocamente. En todos los casos, en escritura pública. Se impone la combinación de testamento con intervención de autoridad (notario) y asesoramiento, que permite la eficacia directa desde el fallecimiento.

En los otros testamentos, sin intervención de autoridad, esta actuará después del fallecimiento mediante la adverbación, lo que ocasionaría una

situación de retraso e incertidumbre que excluye algunas figuras jurídicas de la sucesión, como el comisario.

¿Quién puede ser comisario? Cualquier persona. En su aplicación más habitual, se mantiene dentro de la familia. El patrimonio familiar quedaba bajo el control de la familia nuclear más limitada, cónyuges, y los hijos como destinatarios finales. La persona con discapacidad se incluía entre los beneficiarios. Por este motivo se detalla en la Ley un contenido concreto para el caso de que el comisario sea el progenitor sobreviviente. Además, se abre la puerta a que sean comisarios los hermanos u otras personas, parientes o no, que tendrán sobre el patrimonio familiar las facultades que pueden ser fijadas por los generadores de ese patrimonio.

Pueden ser **varios**. En este caso, ¿cómo actúan? Si no dice nada el testador, regula el artículo 40 que mancomunadamente, aunque sería más apropiado decir que colegiadamente, puesto que se rigen por mayorías, con voto de calidad del primer nombrado. A través de esta vía se pueden regular mecanismos de control de una persona a la que se encarga la gestión del patrimonio del causante.

Y no hay obstáculo para que sea comisario una persona jurídica. En el mundo de la discapacidad, y ciñéndonos al País Vasco, hay bastante entidades que adoptan la forma de asociaciones (con funciones asistenciales) y fundaciones (con funciones de apoyo jurídico). No es extraña la situación de persona asisridas y apoyadas por sus padres, generadores de un patrimonio, que se encuentran con un problema cuando estos fallecen. Puede preferirse la mayor libertad de organización de la gestión de un patrimonio que les es destinado a través de la figura del comisario, que la de un gestor de apoyos designado por el juez (que, además, no designará a la asociación que le ha ayudado a atender durante muchos años). La designación como comisario, debidamente desarrollada, permitirá paliar el problema. En su desarrollo cabría excluir la elección de adjudicatario (la persona usuaria

o, después, herederos ya designados), sustituir el usufructo clásico por una renta, o establecer salvaguardas de su ejercicio, por ejemplo, rendición de cuentas al designado titular de las medidas de apoyo.

Facultades. La ley resulta clara y bastante contundente en este punto. En su artículo 30 indica que *El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.* Y lo complementa al hablar de sus límites en el 33.1: *El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el comitente en el poder testatorio, que no podrá modificar bajo ningún concepto; y, en su defecto, tendrá todas las facultades que correspondan al testador según esta ley y el derecho supletorio.* En resumen, podrá hacer todo lo que podía hacer el testador y que este no le haya limitado expresamente.

Obligaciones de la herencia. Correlativamente con la atribución de un régimen para que el patrimonio no quede paralizado, también hay obligaciones que es preciso atender. Recordemos la legitimación procesal que se le ha atribuido en el artículo 43.3. Además, hay que mantener el pago de alimentos de los descendientes (art. 38), con cargo a la herencia yacente, y el comisario está legitimado (y obligado) para la solicitud de tutela o modificación de la capacidad que correspondería al causante si viviera (art. 39¹⁶), que hoy deberemos cambiar por la legitimación para solicitar medidas judiciales de apoyo, si fueren precisas (es decir, si no hay una guarda de hecho o medida voluntaria suficiente).

¿Cómo se ejercita?

El comisario puede ejercitar su poder testatorio por cualquier título (art. 43.1), así podrá hacerlo inter vivos o mortis causa (en su propio

¹⁶ **Artículo 39.** *Tutela y curatela de menores o incapacitados.*

El comisario está obligado a pedir la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante menores o incapacitados.

testamento), en uno o varios actos (art. 42), “sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador”.

Como ya estamos viendo, el testador puede designar el plazo, art. 41. Añade que si fuere el viudo o superviviente de la pareja, podrá ser por tiempo indefinido o vitalicio. Pero no veo inconveniente en que sea así respecto de cualquier otra persona por disposición expresa del testador. De todas formas, se podría volver a la costumbre anterior a esta ley de establecer un plazo, por ejemplo, de 50 años. A falta de señalamiento, se establece el de un año desde el fallecimiento o mayoría de edad de los herederos.

Extinción

Regula el art. 45 la extinción por una serie de causas: decisión del comitente (revocación o por las causas establecidas en el poder); otras afectantes al comisario (indignidad para suceder, renuncia, muerte, imposibilidad o incapacidad, también por el transcurso del plazo previsto).

Otras causas son específicas para el caso de matrimonio o pareja de hecho: su crisis antes del fallecimiento, o nueva relación sentimental después (aquí expresamente se permite que el testador lo excluya).

2.1) El comisario y la discapacidad

Indicábamos que hay dos preocupaciones principales en materia de Derecho Civil y discapacidad: la necesidad de concentrar medios económicos ajenos para la atención de los sujetos, y la necesidad de apoyos (que muchas veces consistirán en una representación completa) para la gestión de sus bienes, incluido este patrimonio.

La figura del comisario contiene básicamente funciones de disfrute (usufructo del comisario), administración y representación de un patrimonio (incluyendo facultades limitadas de disposición), y adjudicación de un conjunto de bienes. Quitando el disfrute por el comisario, las de-

más entran plenamente en esas necesidades de la persona con discapacidad. Además, es ampliamente configurable por el testador y combinable con el testamento mancomunado y el pacto sucesorio, lo que permite vincular todo el patrimonio familiar.

En cuanto a los sujetos, permite una gran libertad a la hora de designar al comisario. Se podría, por ejemplo, designar a profesionales o personas especializadas para ello.

Ahora procede echar un vistazo a soluciones utilizadas en otros países, cuyos sistemas jurídicos permiten entidades con personalidad jurídica independiente destinadas a la atención de fines particulares (trust y fideicomisos); por ejemplo, la de una persona con discapacidad. Como personas jurídicas separadas, tienen responsabilidad separada por deudas, un sistema de gestión y administración, y un beneficiario. En nuestro sistema Jurídico no están permitidas estas personas jurídicas con fines particulares; sí con fines generales, a través de fundaciones.

Si examinamos la figura del comisario y la situación planteada durante el periodo en que está pendiente la adjudicación de la herencia, podemos ver que hay un sistema de administración y representación de un conjunto de bienes, con soporte legal, que puede incluir facultades de disposición. También, una persona que actúa como administradora. Y, en cuanto a deudas, una estructura que no llega al completo aislamiento que nos proporciona una persona jurídica, pero que tiene un sistema de separación de deudas que puede solicitarse por los acreedores, además de la facultad del comisario para enajenar bienes para su pago (43.4 el viudo o autorización del testador en otro caso). A lo que unimos la solución fiscal de considerarlo, a estos efectos, como un ente independiente, sujeto pasivo separado de los diversos impuestos. Todo ello altamente configurable por el testador (recordemos que puede nombrarse comisario a una o varias personas, definiendo su forma de actuar, que pueden ser

independientes a la familia). El resultado no llega, pero se aproxima a los indicados de los sistemas anglosajones. Y tenemos también un eventual beneficiario que puede ser quien más necesite que otros administren por él un conjunto bienes que van a haberse podido concentrar en su beneficio (como veíamos al tratar la legítima).

Mientras viva el cónyuge-comisario encaja bastante en la construcción recogida en la ley. Para el caso en que falte el cónyuge, el nombramiento de comisario ajeno requerirá un detalle de las facultades atribuidas. El comisario no podrá *bajo ningún concepto* modificar lo establecido por el comitente (33), por lo que podemos entender que, estando en principio en su origen la atribución de la facultad de designar sucesor, podría esta excluirse por el testador manteniendo todas las demás hasta terminar en la entrega de los bienes a sus definitivos destinatarios fijados por el causante.

Serán soluciones a tratar individualmente, caso por caso, de forma detallada por el testador. Pero hay herramientas para ir cumpliendo estos fines. Incluso la posibilidad de destinar estos bienes al pago de sus gastos, asignándole un usufructo sin dividir la herencia, lo que tendrá lugar cuando el beneficiario ya falte, momento en que se ejercitaría el poder testatorio y se distribuirían los bienes según lo autorizado por el testador.

Campo distinto, pero relacionado con nuestra futura discapacidad, es el que se plantea en la intención de testadores. El esquema es el contrario del que hemos considerado: aquí alguien quiere recompensar los apoyos recibidos hasta su muerte. La idea planteada es dejar una herencia o parte de ella a quien haya cuidado del testador, cuanto este fallezca. Esto plantea un problema, el heredero debe ser determinado o determinable claramente (... *omitido el nombre del heredero... si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido valdrá la institución*. Art. 772 del Código Civil), y no se puede aclarar cómo se identifica al heredero a quien se quiere beneficiar; ni siquiera se sabe quién será, entre un grupo definido

(por ejemplo, los hijos) o algo indeterminado (residencias, instituciones benéficas). Previendo que cuando sea atendido no va a poder hacer testamento. La figura del comisario permite atribuirle a éste la decisión, incluso como facultad exclusiva. Es el reverso de la prestación de apoyos a una persona con discapacidad.

III. TESTAMENTO MANCOMUNADO

Estamos ante un testamento que realizan conjuntamente dos personas, con relación o sin ella (aunque lo más habitual es que lo hagan cónyuges o miembros de una pareja, que aquí no tienen por qué ser inscrita). Fijémonos que podrían hacerlo unos divorciados para regular el futuro de los hijos de ambas estirpes. Se incluye también en este grupo la designación conjunta de comisario.

Pueden hacerlo con aquellos cuya vecindad civil permita esta forma, en cualquier sitio, y deberá adoptar la forma abierta notarial (así, no *hilburuko* ni los abiertos especiales del Código Civil ni, por supuesto, el *ológrafo*).

Lo pueden hacer dos personas, no más. Se parte de una relación familiar con dos progenitores, y se deja de lado la posibilidad de que lo hagan más de dos. Por ejemplo, una familia de tres o más personas que quieren asegurar el destino final de los bienes, por ejemplo, en una persona con discapacidad. Mientras tanto, los bienes van heredándose entre ellos. No tenemos esta posibilidad, habrá que acudir a otras figuras que complicarán más la situación.

a) ¿Qué contenido puede tener? (art. 25) Disposiciones entre los testadores o a favor de terceros.

La especialidad más importante respecto al contenido es la distinción entre disposiciones correspectivas, las que traen causa una de otra, a favor

de los testadores o de terceros (por ejemplo, dejo a Patxi porque tu dejas a Andoni). La nulidad de una de ellas provoca la de la otra, influyendo también en la consecuencia de la revocación unilateral. No obstante, la ineficacia de una no produce la de la otra, que simplemente deja de ser correspectiva (a efectos de revocación, principalmente). En el ejemplo anterior, fallecido Andoni se mantiene la validez de la de Patxi, que puedo, sin embargo, revocar.

La correspectividad no se presume, por lo que deberá indicarse qué disposiciones lo son y cuáles no.

b) Relacionado con el contenido está la **revocación**. Esta es la principal diferencia frente al unilateral, habitual entre nosotros: éste puede ser revocado libremente por el testador, y los demás, normalmente su pareja que probablemente hizo uno igual, no tiene medio de enterarse. En el mancomunado, por lo menos, son notificados.

El mancomunado puede ser revocado por los dos testadores, en testamento notarial o pacto sucesorio.

Viviendo ambos, puede ser revocado por uno, (art. 27), pero tiene como consecuencia que se anulan todas sus cláusulas, y que la revocación debe ser comunicada notarialmente al otro.

Fallecido uno de ellos, el otro no puede revocar las disposiciones correspectivas (art. 28). Tampoco puede disponer a título gratuito de lo recibido por este testamento en disposiciones correspectivas, sino a favor de los beneficiarios finales.

Y, por último, la extinción o separación del matrimonio o pareja dejan sin efecto sus disposiciones, salvo las que sean a favor de un hijo menor o discapacitado. Se recoge en el artículo 28.3¹⁷.

¹⁷ **Artículo 28.** *Revocación o modificación a la muerte del cotestador.*

Aparentemente el hijo (no menciona a los nietos, que podrían necesitar similar protección) es común, aunque no dice nada. Es decir, podemos deducir que también si es hijo de un solo miembro de la pareja. No obstante, pueden revocarse también las disposiciones a favor del descendiente con discapacidad en las otras formas de revocación, el 28.3 se refiere solo a la revocación.

c) ¿Cómo puede afectar a las situaciones de **discapacidad**? Hemos visto que una de las preocupaciones en relación con las personas con discapacidad es la necesidad de destinar el patrimonio familiar a sus atenciones. Patrimonio que puede ser de bienes comunes o bienes de procedencia diversa. El campo tradicional de esta figura, como la del comisario, era el de una familia tradicional: dos cónyuges e hijos comunes, con un patrimonio común. Pero, al igual que aquella figura, la presente se abre a otras situaciones cada vez más habituales: parejas con hijos comunes y no comunes; patrimonio común (formado durante la vigencia de la pareja, sea en gananciales o separación de bienes) junto con otros bienes privativos, el tradicional de herencia familiar u otros formados antes del matrimonio o constitución de la pareja. La persona con discapacidad puede ser descendiente común, de uno solo de los otorgantes, e incluso ser uno de ellos. Las disposiciones acerca de su cuidado pueden ser muy variadas, y habrá que configurarlas partiendo de la situación económica y personal concreta. Pero aquí tenemos una buena ocasión para relacionar el destino de todo o parte de ambos patrimonios; vincular disposiciones: yo establezco disposiciones a favor de Patxi porque tú las haces a favor de Andoni, como veíamos. Si se anula una, incluso después del fallecimiento de uno de los testadores, caen las correspondientes. Además, si vivo, me lo notifican.

.. 3. Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre éstos, dejarán sin efecto todas sus disposiciones, excepto las correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado.

U otra más posible: nos dejamos recíprocamente, a cambio de que al fallecer el segundo los bienes acaben en una persona, y de estas la que tiene discapacidad será la más necesitada. El sobreviviente, no obstante, podrá disponer de, pero no regalar, los bienes heredados. Las dos quedan vinculados.

No podemos exponer un repertorio concreto. He indicado que deberemos partir de la situación económica concreta que se presente. Pero tenemos un arma interesante para utilizar, sin privarnos de un derecho fundamental que es la libertad, plasmada en este caso en la libertad de testar libremente. Además, muy útil en los procesos en que se está gestando o tramitando una separación, que pueden ser bastante largos en los que no se considera conveniente esperar a la firmeza de la sentencia para cambiar el destino de la herencia.

IV. CONTRATOS SUCESORIOS

Para los usuarios, hasta ahora, del sistema del Código Civil, esa figura supone una novedad que altera todo el esquema del Derecho de Sucesiones. Este sistema prohíbe todo tipo de contratación sobre una herencia futura. La herencia se transmite después del fallecimiento del causante, a través de un sistema (recogido en el testamento) que el causante puede cambiar durante su vida. La nueva ley cambia cuestiones de transmisión de bienes mortis causa, de revocabilidad de disposiciones, de transmisión de bienes de presente. Seguiremos un esquema clásico en derecho en el estudio de instituciones jurídicas, reseñando exclusivamente sus características principales:

4.1) Elementos del contrato

En cuanto a los **sujetos**. Lo único que indica la ley es que los otorgantes han de ser mayores de edad, para evitar esta figura, cuyos efectos son definitivos comparados con el testamento, revocable, a las personas con menor edad pero capaces de otorgar otras disposiciones sucesorias.

A partir de aquí, una de las características es que no es unilateral. Intervenirá, necesariamente, el titular de los bienes objeto del contrato. Con él, otras personas que serán, normalmente, miembros de la familia. Pero que puede ampliarse a otros, como veremos en el pacto de comunidad.

En cuanto al **objeto**, por un lado, puede afectar a todos los bienes y derechos que constituirán la sucesión del instituyente, bien sean actuales (en los pactos con transmisión de presente de bienes) como futuros. En cuanto a los actos que se pueden incluir, se incluyen todos los que el instituyente puede realizar en relación con la transmisión de su patrimonio actual o futuro. Cita el art. 100 entre los bienes los propios del instituyente, la herencia futura de este, los derechos sobre la herencia futura de un tercero, con su consentimiento; y entre los actos, donaciones mortis causa (art. 102) particulares o universales, y la designación de sucesor (art. 103), con las condiciones que se pacten.

Y en lo referente a la **forma**, habrá de constar en escritura pública (art. 100.4). Sigue la idea de exigir seguridad en cuanto a la formalización y asesoramiento notarial a la hora de establecer un contrato de consecuencias que pueden ser muy graves, tanto de presente como de futuro.

4.2) Efectos

Distingue la Ley entre efectos que van a producirse al momento de su suscripción, otros al fallecimiento del instituyente y otros mixtos, el pacto de comunidad.

a) *Transmisión de presente*

En este caso la transmisión de los bienes se produce al suscribirse el contrato (o en cualquier momento antes del fallecimiento del instituyente, titular hasta entonces de ellos). La causa lo configura como mortis causa (gratuita u onerosa según la contraprestación pactada), pero la situación prevista en la ley (art. 104) es que tenga una contraprestación, al menos que satisfaga el interés de los instituyentes, la familia y la explotación misma (art. 104). Dentro de este lote puede aparecer el interés de una persona con discapacidad, alrededor del cual pueden girar las disposiciones del pacto.

En cuanto a deudas, se recalca que los acreedores anteriores del instituyente tienen preferencia sobre los bienes transmitidos.

Consecuencia de esta situación son los dos efectos especiales que le impone el art. 104: todo acto de disposición o gravamen requiere la intervención del instituido, como titular, y del instituyente, puesto que su fallecimiento se integra en la causa. Desparecido éste, deviene titular ordinario de los bienes.

La segunda consecuencia es que los acreedores del instituyente tienen preferencia sobre esos bienes por las deudas del instituyente anteriores al contrato. Es una especie de derecho de separación, similar al regulado para todas las herencias, pero que no requiere ninguna actuación por aquellos. Fijémonos que sólo los acreedores anteriores al contrato. Los que tienen su título entre el momento del contrato y el fallecimiento quedan excluidos de esta preferencia, no se les aplicará el derecho de separación puesto que la salida del patrimonio de su deudor se produjo antes de su crédito.

b) *Transmisión post mortem*

En esta segunda modalidad el instituyente designa un sucesor, que recibirá los bienes en el futuro, pero cuya designación ya es irrevocable

(art. 105.1). Ahora bien, su posición jurídica no puede ser objeto de disposición ni embargo, y añadimos, en consecuencia, que de gravamen. La causa es similar al apartado anterior.

Y, en cuanto a deudas, que los bienes siguen respondiendo de las deudas del instituyente, en este caso también las posteriores al pacto. Citábamos las dos características que se regulaban en el supuesto de transmisión de bienes de presente: disponibilidad y responsabilidad por deudas. En el caso presente, el instituyente podrá disponer a título oneroso, con excepción de que si constituyen patrimonios productivos en los que trabaja el instituido, deberá consentirlo, siempre si no se hubiere pactado otra cosa (art. 105.2). En relación con las deudas, dado que no se ha producido la transmisión, el objeto de la herencia, por ejemplo ese patrimonio productivo, responde de las deudas de su, aún, titular.

c) *Pacto de comunidad*

Se contempla como figura aparte el pacto de comunidad “entre instituyentes e instituidos, bajo la forma de diversas figuras societarias o en régimen de comunidad de bienes”, sin que encontremos un concepto ni una regulación concreta.

El artículo que lo regula, el 107¹⁸, sigue diciendo que se regirá por lo dispuesto al constituirlo y en su defecto por la presente ley civil, que no

¹⁸ **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.

contiene más. Tan solo le dedica dos normas: que fallecido uno de los instituyentes el viudo o ex-pareja conserva los derechos reservados (salvo pacto en contrario), y que en caso de instituido con carga de alimentos los bienes revierten a los instituyentes si fallece sin descendientes.

Parece haberse querido regular la situación tradicional en que un matrimonio (hoy matrimonio o pareja) quería transmitir su patrimonio a cambio de cuidados para el futuro, pero sin darle una regulación concreta. Lo que escasamente dispone lo circunscribe al ámbito familiar, pero permite que se incluyan, como instituidos, personas ajenas a él, amparando la situación, muy habitual en la actualidad, de que aparezcan cuidadores ajenos a la familia, que no tiene más miembros. Su regulación queda al ámbito de las escrituras públicas en las que se pacten.

d) *Otras novedades*

Debemos recalcar dos novedades interesantes, analizada esta figura comparativamente con el derecho común.

En primer lugar, que acogen la posibilidad de **renuncia a una herencia futura** (100.2), o de parte de ella, junto con la de disponer de los derechos de una herencia de un tercero, en este caso con su consentimiento. Que no es preciso en el caso de la renuncia, lo que puede incluir que dos personas pacten que una de ellas renuncia a la herencia de un tercero (el esquema sería: te transmito, de presente o de futuro, algo, a cambio de que renuncies a la herencia de otro).

Situada dentro de un pacto sucesorio completo, es decir, con contraprestaciones o cargas, se le deberían aplicar con carácter preferente las normas de este, especialmente en cuanto a la revocación por incumplimiento de condiciones o contraprestaciones. En consecuencia,

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.

resulta alterada la norma imperativa del Código Civil que proclama la irrevocabilidad de la renuncia a una herencia. Debemos considerar como una renuncia, no sujeta a tal norma del Código, aquella que se refiere a una herencia futura. Y, probablemente, a una herencia ya deferida cuando la renuncia ha dejado de ser gratuita, que es la que contempla el Código, para pasar a ser onerosa, lo que permite la regulación del pacto sucesorio.

En segundo lugar, la inclusión de la **donación mortis causa** y la donación universal¹⁹. La primera es una figura discutida y de difícil encaje en el sistema del Código Civil. Permite adquirir la posición jurídica de donatario, pero sin adquirir la propiedad de los bienes hasta el fallecimiento del donante. Posición jurídica que sería, por ejemplo, transmisible. El hecho de incluir aquí la **donación universal** implica que será objeto de contratación, es decir, llevará consigo una contraprestación, no admitiéndose como posibilidad aislada del pacto sucesorio.

III. EXTINCIÓN

La Ley contempla la revocación del pacto y su resolución.

a) Revocación. Como revocación se incluye el supuesto en el que, por actos dependientes de uno de los contratantes, el pacto es anulado por el otro. Una vez producida, recordemos que era una figura, en principio, gratuita, pero puede no serlo (como no lo es la cesión de bienes a cambio de alimentos). Pero no se regula qué ocurre con los bienes transmitidos de presente. Se incluyen como causas, aparte de las pactadas o la

¹⁹ **Artículo 102.** *Pacto sucesorio y donación mortis causa.*

La donación mortis causa de bienes singulares se considera pacto sucesorio y también lo será la donación universal inter vivos, salvo estipulación en contrario.

crisis matrimonial o de pareja si esta situación fue la causa del contrato, los incumplimientos por parte de uno de los contratantes²⁰.

b) Resolución

En cambio, la resolución hace referencia a voluntad conjunta de los contratantes, bien al hacerlo pactando una condición resolutoria, bien con posterioridad, a la que se añade un supuesto muy concreto, aquel en que fallecido el instituido pasaba a sus descendientes, cuando no los hay²¹.

IV. UTILIDAD EN LA DISCAPACIDAD

Esta figura es muy útil en su configuración tradicional como instrumento para organizar el futuro de nuestro patrimonio familiar, nuestras atenciones y las de otros descendientes. A los que se unen otro muy

²⁰ **Artículo 108.** *Revocación del pacto sucesorio.*

Los instituyentes pueden revocar la designación:

1. Por las causas pactadas.
2. Por incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas.
3. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación.
4. Por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar.
5. En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, o extinción de la pareja de hecho, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio o pareja de hecho. Se exceptúa, en el caso de la pareja de hecho, que su extinción haya ocurrido por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja.

²¹ **Artículo 109.** *Resolución del pacto sucesorio.*

Se resolverá la designación sucesoria:

1. Por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeta.
2. Por fallecimiento del instituido sin dejar descendientes o, aun dejándolos, no operase la transmisión prevista en el artículo 106.
3. Por acuerdo entre los otorgantes formalizado en escritura pública.

importante, el destino de la empresa familiar. Y, además, y es lo que nos interesa, en relación con nuestros dependientes.

En relación con personas con **discapacidad**, el pacto sucesorio puede ser muy útil para ordenar el destino de nuestros bienes, ahora o a nuestro fallecimiento, para su atención y cuidado, a cargo de otra persona, usual pero no necesariamente parientes de ambos, siendo las personas con discapacidad posibles beneficiarias directas de bienes o de las contraprestación que deben prestar otras personas, garantizadas por las causas de revocación, de las que son muy importantes el “*incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas*”, que pueden ser, simplemente, su atención, y las “*causas pactadas*” al establecerse el pacto sucesorio. Pueden ser también beneficiarios indirectos, si se establecen disposiciones a favor de la persona o entidad que les preste en el futuro sus apoyos, con el compromiso de ésta, y con la protección de las causas de revocación vistas.

El pacto sucesorio es recomendable, útil, y así se está utilizando, para regular la empresa familiar. Se regula el mantenimiento de un patrimonio (la empresa) dentro un conjunto de personas, presentes y futuras (la familia), con un fin determinado (la supervivencia de la empresa) una vez desaparecidos los fundadores. ¿Y qué mayor empresa que el apoyo personal y económico a quien más lo necesita? Sustituyamos en la frase anterior algún elemento: Se regula el mantenimiento de un patrimonio (el familiar) dentro un conjunto de personas, presentes y futuras (la familia), con un fin determinado (los apoyos) durante la vida de una persona con discapacidad. Todo el desarrollo posterior, cómo se van a sufragar sus gastos, cómo se va a administrar, tiene un posible desarrollo similar al de la empresa familiar, pero más sencilla. Pactos que pueden incluir los bienes de la herencia, sino otros particulares de otras personas, otros parientes, empezando por los hermanos y sus cónyuges.

Tenemos aquí una herramienta muy buena para garantizar unas atenciones, que podemos definir, a los discapacitados, a las que se unirá la

aceptación de los que serán obligados a prestarlas. Una respuesta a la gran pregunta que se hacen los ascendientes cuidadores de personas con discapacidad, “qué será de él cuando nosotros faltemos”. Aseguramiento, con garantías fuertes, de una atención que puede ser económica y, además personal, y que puede llevar una compensación a aquella persona que se encargue de su cuidado o le entrega, de presente, de bienes suficientes para proveer a las atenciones. Esta persona puede ser tanto un pariente como una Fundación de apoyos, por ejemplo.

El campo propio de la transmisión de presente será el de un cuerpo de bienes ya definido en el momento del contrato, que va a pasar a administrar el instituido. Incluimos en esta administración la posibilidad de realizar inversiones, que serán con fondos propios en bienes ya propios. La limitación a sus facultades dispositivas debemos verla en sentido inverso a lo que expresa el art. 105.²²: se puede regular que, aún no siendo el instituido titular de los bienes, el instituyente no pueda disponer de ellos sin su consentimiento, y que en ningún caso será a título gratuito. Normas tradicionalmente aplicables a la histórica figura productiva, el caserío; hoy, a la empresa familiar.

De hecho esta aplicación a la empresa, especialmente la familiar, ha provocado la proliferación de pactos y contratos que buscan regular su futuro y, de esta forma, su viabilidad. Contratos que encuentran un gran límite en la transmisión mortis causa. El contrato sucesorio proporciona unas herramientas que permiten saltarse todos estos límites, facilitando el destino querido y, desde el punto de vista de la empresa, necesario.

²² **Artículo 105.** *Designación sucesoria con transmisión post mortem de los bienes.*

...

2. El instituyente conserva la titularidad de los bienes y, salvo pacto en contrario, podrá disponer de ellos a título oneroso. Si los bienes transmitidos constituyen patrimonios productivos en los que trabaje el instituido, se requerirá su consentimiento para la enajenación a título oneroso, siempre que instituyente e instituido no hayan pactado otra cosa.

La venta por mandatario verbal y la autorización judicial de los actos del curador

Javier GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE

Notario (1978-2024)

Los hechos que motivan el presente comentario, en los que me encontré —personal e involuntariamente— involucrado, son los siguientes:

En octubre del año 1991, A compra a uno de sus hermanos una vivienda en una pequeña localidad de la provincia de Zaragoza. El precio se hace efectivo mediante la entrega de un talón al portador extendido por B, sobrina de la compradora, como anticipo y a cuenta del importe de un tercio de otra vivienda propiedad de A, y cuya venta tenían concertada para un tiempo después, lo que tiene lugar en diciembre del mismo año. Ambas circunstancias (la forma de pago de la primera compra y el pago por adelantado de la segunda) se acreditan mediante la aportación de las copias de ambas escrituras y, como documento complementario para la inscripción, de un acta de manifestaciones otorgada por el vendedor ante notario, en la que confirma la primera de ellas.

Debe señalarse que en la segunda compraventa la vendedora, A, es representada verbalmente por un tercero. El precio se confiesa totalmente recibido antes del otorgamiento.

Dos años después, fallece A, propietaria representada verbalmente en la segunda venta, sin haberla ratificado. En su testamento instituye, como

única y universal heredera, a una tercera hermana, C, que, treinta años después (en 2024), sin haber ratificado —tampoco ella— la venta formalizada en nombre de su hermana y como heredera de la misma, es reconocida judicialmente como discapacitada siendo, en el mismo procedimiento, designado un tercero curador representativo de la discapacitada. Una vez aceptado por éste el cargo, y a requerimiento de la compradora, B, procede al otorgamiento de la pertinente escritura pública de ratificación. Presentada ésta en el Registro de la Propiedad de Tarazona de Aragón (Zaragoza), junto con la escritura de compraventa y el acta a la que se ha hecho referencia, la registradora competente, doña Dorleta SANZA, se opone a su inscripción por un rosario de defectos (inexistentes y carentes de fundamento, por lo que no merece la pena detenerse en su análisis), de entre los cuales únicamente resulta interesante destacar el siguiente: la ratificación otorgada por el curador precisa la aprobación judicial exigida por el Artº 287.2 del CC. La pregunta que podríamos hacernos, tras la relación de los hechos acaecidos, es la de si la registradora está o no en lo cierto...

La confusa redacción de la nota nos obliga a deducir —por aproximación— que el defecto detectado se basa, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

PRIMERO.— La inscripción exige el otorgamiento previo de la escritura pública de aceptación de herencia por la discapacitada (o en su nombre), ya que, de admitir la inscripción sin ese requisito, se estarían violentando simultáneamente los principios de “tracto sucesivo” y de “legitimación”.

Parece evidente que la Registradora parte —erróneamente, en mi opinión— de la idea de que el bien transmitido (el tercio de una vivienda), ha pasado a integrar el caudal hereditario de la heredera desde el fallecimiento de su hermana, y desde ese momento, le pertenece en pleno dominio, al concurrir título (el testamento) y modo (Arts 1462, párr 2º,

“traditio instrumental”, y “posesión civilísima” del Artº 440 de nuestro CC), por lo que, como consecuencia de ello, lo que el curador representativo de la heredera está realizando, al ratificar, constituye un auténtico acto de disposición (la transmisión de un inmueble, que se produciría en dicho momento), y por tanto la autorización alegada es imprescindible.

Seguir esta postura nos llevaría a las siguientes consecuencias:

-La ratificación formalizada por el curador es un auténtico acto de disposición, cuya validez y eficacia se hallarían subordinadas a la obtención de la autorización judicial, cuyo fin es la protección del patrimonio del discapacitado.

-Y, en principio, parece que haría igualmente exigible el otorgamiento de la escritura de aceptación de la herencia en nombre de la representada, escritura que exigiría también la autorización de la que hablamos, a menos que la aceptación se realice “a beneficio de inventario”...

Pues bien: no es así, pese a quien pese. Pero si el bien no forma parte del patrimonio de la heredera, ¿a quién pertenece entonces?

La situación jurídica del bien transmitido, en ese período, no se encuentra en el “limbo jurídico” de las incalificables. La DGSJ y FP (Res. De 25/05/2017) viene considerando como “SITUACIÓN JURÍDICA INTERINA” aquella en la que, provisionalmente, no se han producido todos los efectos del negocio formalizado, cualquiera que sea la causa de ello. Lo que nos lleva directamente a repasar el concepto de dichas situaciones formulado, hace mucho tiempo, con sus habituales acierto y claridad, por el profesor DE CASTRO, quien, al hablar de las mismas, habla de “titularidades temporalmente limitadas”, que son aquellas en las que (al igual que en el caso que nos ocupa) existe un derecho subjetivo (el de propiedad, aquí) que, transitoriamente, tiene dos titulares, y cada una de esas titularidades resulta determinada por un hecho futuro, cierto o

incierto (por ejemplo, cuando se trata del cumplimiento de un plazo, por la llegada del término). O, cuando se trata de un caso como el presente, en el que la titularidad dominical está sujeta al cumplimiento de una “conditio iuris” (como tiene dicho nuestro T.S. en numerosas ocasiones), consistente en la ratificación por la propietaria-vendedora de la representación alegada. Todo ello de modo análogo a lo que ocurre también, según el mismo alto Tribunal (S. 16/07/1993) en el caso de una compraventa con “pacto de reserva de dominio”, situación en la que, manifiesta, coinciden dos titularidades provisionales o eventuales: una INTERINA (la del vendedor) y otra PREVENTIVA (la del comprador). Ambas posiciones son “simultáneas, compatibles y recíprocamente recortadas en su contenido” (STS 24 de julio de 2012) Doctrina jurisprudencial que consideramos perfectamente aplicable a nuestro caso, en el que la titularidad interina de la vendedora (A) sólo se convertirá en definitiva, como tendremos ocasión de comprobar, en el hipotético caso (que no es el nuestro) de que la “dominus negotii” —o su heredera— impugnen la transmisión realizada dentro de plazo, y dicha impugnación sea estimada en virtud de sentencia firme...

En tal situación, parece claro que el inmueble objeto de la compraventa, por el mínimo respeto que merecen la seguridad jurídica y la del tráfico, ni puede ni debe ser incluido en el haber hereditario, a menos que se incluya con referencia expresa a la situación en la que se encuentra y la condición que la grava. Y en ese caso, podemos añadir, siguiendo la doctrina de la DG (R. de 28 de junio de 2024), que, tanto si la finca figurase inscrita (con constancia del “derecho expectante” a favor del comprador) a nombre de la heredera, como si no lo estuviera, los actos dispositivos que la tengan por objeto deberán ser realizados por ambos, dado que “el vendedor, pese a conservar el dominio, sólo puede disponer de su derecho respetando la posición jurídica del comprador” (R. de 3 de diciembre de 2002). Manifestaciones del Centro Directivo que, si bien

están dictadas en relación con la venta con pacto de reserva de dominio, entendemos que son perfectamente aplicables en nuestro caso, por evidente analogía. De modo que si la confirmación del negocio se produjera por alguno de los modos previstos legalmente, la titularidad preventiva, o —“derecho expectante”— de la compradora se convertirá en definitiva. Y ello es así porque “el vendedor, pese a conservar el dominio sólo puede disponer de su derecho respetando la posición jurídica del comprador” (R. de 3 de diciembre de 2002).

Y no sólo eso, sino que, aún en el hipotético supuesto de que, tras lo expuesto, siguiésemos defendiendo que el inmueble comprado por B ha pasado a ser propiedad de la discapacitada, el otorgamiento de la escritura que exige la registradora como requisito previo e imprescindible para la inscripción no sería preciso, dado que, como ya señalara el mismo Centro Directivo —para un caso idéntico al que nos ocupa— de conformidad con el Artº 20 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, son inscribibles “sin necesidad de previa inscripción” la partición de herencia y los actos dispositivos realizados sobre bienes registrados a nombre del causante, siempre que aparezcan realizados por quienes acrediten ser los únicos herederos llamados y que se acredite también la aceptación expresa de la herencia, o que esta derive del propio acto dispositivo cuya inscripción se solicita. Nos hallaríamos en éste último supuesto, dado que se cumplen los dos requisitos exigidos vistos, ante la aplicación del llamado “TRACTO ABREVIADO”, basado en una ACEPTACIÓN TÁCITA de la herencia, cuya admisibilidad y fundamento legal se encuentran en el Artº 999 del CC, y es admitida expresamente por la D.G. en sus RR de 30 de marzo de 2022 y 20 de octubre de 2023, en las que, a mayor abundamiento, se fija el criterio de que la falta de aceptación de la herencia NO CIERRA EL REGISTRO, dado que sería factible la inscripción bajo condición suspensiva de dicha aceptación...

No se nos escapa que, cualquier lector sagaz podría encontrar un obstáculo a la solución que defendemos (innecesariedad de la autorización exigida). Consistiría en que no podemos olvidar que la aceptación tácita sólo puede ser “pura y simple”, no “a beneficio de inventario” (que no puede presumirse), por lo que, por aplicación de lo prevenido en el punto 4º del mismo Artº 287 CC, la autorización judicial debería finalmente ser aportada...

Pero no es así. Según manifiesta la testadora en su propio testamento (que, por cierto —inexplicablemente— la Registradora sostiene en su nota que no se ha acompañado, cuando obra en mi poder certificado oficial de la Oficina de Correos de la localidad de Tarazona del que resulta que fue entregado en el Registro NUEVE días antes de la fecha de expedición de la calificación...), ostentaba vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento, y, en consecuencia (Artº 9.8 del CC), la ley aplicable a la misma a la sazón era el “Código de Sucesiones de Cataluña”, cuyo Artº 20 (hoy Artº 461.16 del Código Civil de Cataluña), expresamente disponía que las aceptaciones de herencias realizadas por curadores y representantes legales de discapacitados “se entenderán siempre hechas a beneficio de inventario”, por lo que el posible escollo que podría suponer el requisito exigido por el Artº 287.4, en este punto, también debemos considerarlo superado.

SEGUNDO.— Naturaleza y efectos “medio tempore” del negocio celebrado mediante la intervención de mandatario verbal de una de las partes hasta su plena eficacia o anulación.

Es el segundo argumento en el que la autora de la nota, como adelantamos, basa previsiblemente su calificación.

Dicha cuestión reviste alguna dificultad, dadas la deficiente regulación del CC y la imprecisión terminológica (por no hablar directamente de confusión) del mismo respecto a los actos o negocios jurídicos “nulos”

y “anulables”, así como el vacío normativo o laguna legal en torno a los contratos nulos. Si a ello añadimos, como hace hoy día la jurisprudencia del TS, en relación con los “negocios incompletos” (definidos por su S. de 20 de julio de 2011 como “aquellos en los que no existe una infracción de una norma prohibitiva o imperativa, sino la infracción de un requisito necesario para que produzca el efecto perseguido por las partes”, requisito que puede ser cualquiera de los tres detallados por su Artº 1261 “consentimiento, objeto y causa”), la complejidad de la solución está garantizada. Se encuentra esta, sin duda a nuestro juicio, en el (nuevamente) confuso tenor literal del Artº 1259 del mismo cuerpo legal, precepto que permite encuadrar, sin violentar norma alguna, los negocios en los que falta alguno de los tres requisitos apuntados, no como se hacía tradicionalmente dentro de los negocios “inexistentes”, dentro del grupo de los denominados “negocios incompletos”, que pueden ser subsanados por su confirmación, cuando se “complete” el negocio al concurrir el requisito que falta —habitualmente el consentimiento— ...Confirmación que, evidentemente, en este caso carecerá de efectos retroactivos. Tesis que ha defendido la DGSR y FP en su R. de 25/02/2025, pudiendo concluirse, a partir de la misma, que no es preciso que los tres elementos “esenciales” de todo contrato concurren, necesariamente, en el tiempo, y en “unidad de acto”.

Debe descartarse por tanto la tentación (defendida por un sector doctrinal) de considerar el negocio directamente como “nulo”, en base a los Arts 6, párr. 3º y 287 del CC, una vez admitida, a partir de la conocida STS de 20 de julio de 2011, (aceptada sin reservas por el Centro Directivo, ya desde su R. de 2 de diciembre de 1998), la teoría de que no son nulos, con nulidad absoluta (y por tanto no ratificables) todos los contratos contrarios a una norma prohibitiva o imperativa, sino sólo aquellos en los que la norma violentada persigue la protección del orden o interés público (lo que viene a reforzar el principio general de que las normas

prohibitivas deben de ser interpretadas restrictivamente...). Por tanto, el contrato celebrado mediante la intervención de mandatario verbal, al no ser “nulo”, podrá ser ratificado posteriormente por el representado, tal y como admite expresamente el citado artículo “El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

La causa que condiciona la eficacia del contrato no es otra que la concurrencia del defecto de REPRESENTACION NO ACREDITADA (o “defectuosa representación”) incluíble, de nuevo, en el Artº 1259 del CC. Dicho precepto engloba dos supuestos de hecho totalmente diferentes: el de la persona que realmente ostenta la representación de otra, aunque no lo acredita y aquel otro en el que, el que actúa en representación verbal, no tiene el poder que alega, o se ha extralimitado en su uso. En este último supuesto, nos hallaríamos ante el “negocio incompleto”, al que falta un requisito esencial para que pueda ni tan siquiera ser denominado “contrato”, aunque puede, evidentemente, ser completado más tarde, como hemos visto.

La distinción entre ambos supuestos es esencial para responder a la que decíamos única cuestión de interés que plantea la nota. En efecto: mientras que en el primero lo único que falta es acreditar la representación alegada, lo que constituye una OBLIGACIÓN, un “acto debido” (en la terminología empleada por el Centro Directivo) de la representada, que ya cobró el precio pactado, obligación en la que, por aplicación de los principios que rigen la sucesión universal, se subrogan sus herederos, a quienes podría serles exigido su cumplimiento por la compradora (Artº 1279 CC). Por tanto el curador no está realizando ningún “acto dispositivo” sobre un inmueble propiedad de la discapacitada, pues ya se realizó. Lo que ocurre es, simplemente, que hasta que el curador ratifique, acredi-

tando que la representación que el mandatario afirma ostenta en la escritura de compraventa era cierta, y se resuelva de ese modo la “defectuosa representación”, el contrato no producirá plenos efectos, aunque cuando lo haga, estos tendrán carácter retroactivo a la fecha de celebración del contrato (sin perjuicio de los posibles derechos de terceros que, en el supuesto de hecho, no existen). Todo ello de acuerdo con la doctrina de la D.G. (por todas: Res. de 24/05/2007). Por el contrario, si nos halláramos ante el segundo de los supuestos que hemos visto contempla el precepto citado, faltaría el consentimiento de la vendedora, por lo que su eficacia, al tratarse de un requisito esencial, dependería de su prestación que, de ser realizada por el curador, si constituiría un “acto dispositivo” al que sería aplicable la exigencia del Artº 287.2 del CC.

En cuanto a cuál sería el modo de que cesase la situación de pendencia o interinidad producida por el negocio que tratamos, hemos de decir que son dos:

El primero de ellos es el de su RATIFICACIÓN por el “dominus negotii”, que puede ser expresa, pero también tácita, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del T.S. (Sentencias de 4 de febrero de 2005 y 8 de octubre de 2012), y tiene lugar cuando el representado hace suyo o aprovecha el precio percibido, o cuando deja pasar el plazo que la ley le concede (4 años) para ejercitar la acción de anulabilidad sin interponerla, y ambas circunstancias concurren en nuestro caso...

Por si todavía existiera alguna duda al respecto (por ejemplo en relación a la competencia del Registrador para calificar la caducidad de la acción), la DGSJ y FP, en su Resolución de 26 de febrero de 2025 (anterior, por tanto, a la calificación que se discute), en relación a la cancelación de una nota marginal, ha dicho, expresamente, que “”NO SE ANTOJA AVENTURADO DEFENDER INCLUSO UNA CONFIRMACIÓN TÁCITA —ex Artº 1311 del CC— por haber transcu-

rrido sobradamente el plazo de cuatro años que el CC establece para los actos anulables...”. Y ello es así por exigirlo la seguridad jurídica. Y revoca la nota, ordenando la cancelación por haber transcurrido once años desde la celebración del negocio, (¡¡y en nuestro caso han transcurrido TREINTA Y CUATRO...!!). Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta, a todas luces y a nuestro juicio, evidente, que el curador no estará legitimado activamente, en la representación que ostenta, para interponer la acción contemplada.

Pero, tal y como ya hemos adelantado, aparte de la ratificación, existe otro medio que activa los efectos de la compraventa, independientemente de que haya sido ratificada o no por el representado y consiste en QUE HAYA CADUCADO EL PLAZO que marca la ley para el ejercicio de la acción de anulabilidad, sin que ésta haya sido ejercitada. O —también— que, pese a haber sido interpuesta, no haya prosperado.

Sabemos que el plazo al que aludimos es el de cuatro años (ex Artº 1301 del CC), pero en relación al mismo, cabe plantear dos importantes dudas. La primera consiste en determinar si nos hallamos ante un plazo de CADUCIDAD, o por el contrario, estamos ante un plazo de PRESCRIPCIÓN. La cuestión se halla hoy definitivamente resuelta, tras la nueva redacción dada al Artº 1301 del CC por la reforma de la Ley 8/2021, que no hace sino dar rango de Ley al criterio consagrado jurisprudencialmente a partir de la importante Sentencia del TS 919/2021, sentencia que, tras considerar las grandes diferencias existentes entre prescripción y caducidad (básicamente susceptibilidad o no de interrupción y posibilidad de ser apreciada de oficio, así como que la primera supone la existencia de un derecho que se extingue por su ejercicio, mientras que la segunda hace referencia a un derecho que no llega a ser adquirido), opta definitivamente por considerar que nos hallamos ante un supuesto claro de caducidad.

Dicho lo cual, surge la segunda de las dudas a las que nos referíamos: ¿a partir de cuándo debe comenzar a contarse el plazo de cuatro años que señala el CC para los contratos anulables? ¿Cuál es el DIES A QUO?

La jurisprudencia ha venido, tradicionalmente, oscilando entre dos posibilidades:

O bien debe computarse el plazo desde la fecha de consumación del contrato, que tiene lugar cuando todas las partes han cumplido con las obligaciones dimanantes del mismo, como ocurre en el supuesto planteado, en el que la vendedora difunta percibió el precio (del que hizo uso antes del otorgamiento de la escritura, según manifestación de su representante) y la compradora la posesión de la finca (Artº 1462, párr. 2 del CC: “traditio instrumental”), por lo que el plazo se empezará a contar desde la fecha de celebración del contrato o firma del documento público.

O bien el plazo debe comenzar a contarse desde que el propietario representado verbalmente “tuvo conocimiento” del negocio formalizado en su nombre. De seguir este criterio, se plantearía el problema de la prueba. A fin de facilitar la misma, la jurisprudencia viene admitiendo como suficiente el que se acredite que, con una mera “diligencia razonable” del “dominus negotii”, este podría haber tenido noticia del mismo. Es decir: basta con que haya tenido oportunidad de conocer su formalización, para que comience a correr en su contra el plazo para poder ejercitar la acción de anulabilidad que la ley le confiere en defensa de sus intereses. Y, en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los lazos de parentesco existentes entre todos los implicados, la procedencia del dinero invertido por doña A en su compra, la circunstancia de que el objeto de esta es el pleno dominio de otra vivienda en la misma pequeña localidad... ¿podría sostenerse con rigor que no ha tenido “oportunidad razonable” de conocer la compraventa formalizada en su nombre?

En virtud de lo expuesto hasta aquí, consideramos que, sea cual sea la postura que adoptemos en relación al momento en el que debe comenzar a computarse el plazo de caducidad, en nuestro caso habrá que concluir que la acción de anulabilidad no puede ser ejercitada por el curador, aunque resulta obvio que, de optar por la segunda posibilidad, la prueba de que la vendedora tuvo conocimiento de la venta quedaría al margen de la calificación registral...

TERCERO.— Hasta el momento hemos venido analizando la calificación y efectos derivados del contrato formalizado en nombre de la propietaria por su mandatario verbal, por lo que entendemos que lo que procede a continuación, es definir la naturaleza del acto concreto presentado a inscripción (compraventa) junto con la ratificación del curador pero sin la autorización judicial que la registradora, en su nota, considera imprescindible, para, una vez resuelta dicha cuestión, decidir si el negocio formalizado en tales condiciones debe o no acceder al registro de la propiedad.

Pues bien: tanto el T.S., en su importante Sentencia de 10 de enero de 2018, como la DGSJ y FP, en su Resolución de 9 de julio del mismo año, han calificado (por las razones que expone el primero y recoge la segunda, haciéndolos propios, (básicamente por resultar regulado legalmente con mayor precisión el régimen de la anulabilidad que el de la anulabilidad, y también porque dicho régimen es el que mejor concilia los intereses del menor o discapacitado con la seguridad jurídica) el,) han calificado indubitadamente dicho negocio como ANULABLE, criterio reforzado, aparte de por la nueva redacción del Artº 1301 del CC (a la que ya hemos aludido), por el tenor literal del Artº 61 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria (tramitación del expediente para la obtención por el curador de la autorización judicial cuando se trate de la realización de actos de disposición de bienes pertenecientes a menores o discapacitados) y por la circunstancia de que, además, es idéntico al que ha sido

adoptado por las legislaciones catalana y aragonesa al regular la materia, únicas que hasta la fecha se han ocupado de la materia...

Por tanto:

-Si sabemos que el bien objeto de la transmisión documentada no forma parte del patrimonio de la discapacitada porque, o bien no ha entrado nunca en el mismo, dada su situación de interinidad, o bien salió de él, pasando a formar parte del de la compradora, como consecuencia de la RATIFICACIÓN TÁCITA de la operación, con carácter retroactivo hasta su fecha, y habida cuenta de ello carece de sentido el control judicial de actos que no afectan en absoluto al patrimonio de la discapacitada.

-Si el contrato de compraventa cuya inscripción se pretende es un contrato anulable, que goza de fecha fehaciente por la intervención notarial en el mismo, y es susceptible de ratificación expresa o tácita.

-Si se ha producido dicha ratificación tácita, básicamente por haber transcurrido con notorio exceso el plazo legal para el ejercicio por las interesadas de la acción de anulabilidad, sin haberla interpuesto, dado el elevadísimo grado de inseguridad jurídica que generaría sostener lo contrario.

-Si el acto de ratificación formalizado por el curador no constituye un acto dispositivo, sino tan sólo un reconocimiento (Artº 1224 del CC), y por tanto un “acto debido” (Artº 1279 CC), en terminología utilizada por la propia DG (Resoluciones de 25 de febrero de 1999 y 1 de junio de 2012), y de obligado cumplimiento para la discapacitada.

-Si el acto del curador no tiene por objeto un inmueble integrado en el patrimonio de la discapacitada, y si lo estuviere, sería con el gravamen de la obligación de su entrega, con carácter retroactivo, a la compradora, por la caducidad de la acción de anulabilidad.

-Si, aunque se considerase, por el contrario, que el bien objeto de la compraventa era propiedad de la discapacitada, la D.G. tiene dicho (RR

de 25 de abril de 2001 y 4 de junio de 2009), que las consecuencias de la falta de solicitud de autorización judicial “han de quedar limitadas al ámbito de la responsabilidad del representante legal por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo”.

-Si se tiene en cuenta que, también según criterio del Centro Directivo, sería posible obtener la autorización judicial con posterioridad a la ratificación (por todas, la R. citada de 9 de julio de 2018, por lo que su falta de aportación **NO CIERRA EL REGISTRO**).

-Si la misma D.G. ha admitido la inscripción del acto dispositivo (si lo fuera...), bajo condición suspensiva de la obtención de la indicada autorización (R. De 13 de diciembre de 2010).

-Si se tiene igualmente en cuenta que el curador de la discapacitada habrá, previsiblemente valorado la circunstancia de que, en el supuesto de que ejercitara la acción de anulabilidad (si es que fuera posible) en nombre de su representada, y prosperase la misma, esta se vería obligada a restituir el importe pagado por la compradora, más los intereses correspondientes a treinta y cuatro años...

-Y, finalmente, habida cuenta de que las “normas imperativas o prohibitivas deben de ser interpretadas restrictivamente”.

Resulta no sólo coherente, sino forzoso, admitir la inscripción de la transmisión que se pretende, sin necesidad de acompañar la autorización judicial exigida por la Registradora.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Contenido

JADO publica, con carácter anual a partir de 2021, trabajos de investigación jurídica y notas (recensiones y comentarios normativos y jurisprudenciales).

Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

2. Frecuencia de la publicación: anual.

3. Envío de originales

Los originales han de ser inéditos y deberán ser enviados a la Dirección de la revista, mediante correo electrónico remitido a la siguiente cuenta: secretaria@avd-zea.com

4. Derechos de autor

JADO es una revista de acceso abierto (<http://www.avd-zea.com>), lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley, sin la previa autorización de la editorial o del autor, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año y páginas) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

5. Formato de los estudios y notas

En la primera página se incluirá el título, el nombre del/a autor/a y su filiación académica, así como su dirección de correo electrónico y teléfono de contacto.

La segunda página recogerá tres resúmenes, en euskera, castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno, y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras), tanto en euskera como en castellano y en inglés. Los tex-

tos deben ir precedidos de un breve resumen de los diferentes apartados en que se estructuran.

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera.

6. Normas de edición

Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán teniendo en cuenta las siguientes pautas de edición:

- a) La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 15 a 30 páginas ISO A4, a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4, a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.
- b) Se exige la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trate el texto.
- c) Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.
- d) Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada: o Apellidos, Nombre, «Título del artículo», Título de la Revista o del libro (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, N^o, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.
- e) Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.
- f) Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

7. Proceso de publicación

El director y la directora adjunta de *JADO* con la participación del Consejo de redacción y del Consejo asesor decidirán la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa independiente. El proceso de evaluación de los trabajos será una revisión ciega por pares, siguiendo el código ético de *JADO*. Los autores podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de 10 días no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.

8. Tasas

No se cobran costos de envío, procesamiento ni publicación de los artículos.

9. Copyright

Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *JADO*.

ARGITARATZE ARAUAK

1. Edukia

JADO aldizkariak argitaratzen du urtero-urtero 2021. urtetik aurrera ikerketa juridikoaren lanak eta oharrak (aipamen bibliografikoak, arauen eta epaien gaineko iruzkinak).

Betiere zenbaki berezi eta ezohikoen argitalpenari kalterik egin gabe. Horien aldikotasuna deialdiaren arabera izango da.

2. Argitaraldiaren maiztasuna: urterokoa.**3. Jatorrizko lanak bidaltzea**

Jatorrizko testuak argitaratu gabeak izango dira eta aldizkariaren zuzendaritzara igorriko dira, posta elektronikoko baten bidez, jarraiko emailera: HYPERLINK “mailto:secretaria@avd-zea.com” secretaria@avd-zea.com.

4. Egilearen eskubideak

JADO aldizkariak sarrera irekia du (<http://www.avd-zea.com>). Hartara, sarrera askea du bere osotasunean zenbaki bakoitza argitaratu ondoren. Onartzen da, beraz, horren irakurketa, bilaketa, deskarga, banaketa eta bererrerabiltzea, legearen arabera, edozein euskarritan, betiere merkataritzako ez diren helburuekin. Horretarako ez da beharrezkoa izango argitaletxearen edo egilearen baimenik, jatorrizko lana behar den bezalaxe aipatzen bada (zenbakia, urtea eta orrialdeak) eta jatorrizkoan egin diren aldaketak argiro adierazten badira.

5. Azterlanen eta oharren nondik norakoak

Lehen orrialdean barneratuko dira titulua, egilearen izena eta horren filiazio akademikoa, eta berebat posta elektronikokoaren helbidea eta harremanetarako telefonoa.

Bigarren orrialdean barneratuko dira hiru laburpen, euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez, batez beste 120 hitz bakoitzean eta lanaren gako hitzak (hiritik bostera), euskaraz, gaztelaniaz eta ingelesez. Testuek eramango dute

aldez aurretiko aurkibide laburra, bertan diren alor desberdinak biltzen dituenak.

Langaia argitaratuko dira, batik bat, gaztelaniaz eta euskaraz.

6. Argitaratze arauak

Aipamen bibliografikoak eta bestelako agiri iturrietara egindako erreferentziak honetara gauzatuko dira, argitaratze arau hauek betez:

- a) Langaietarako luzera gomendatua, azterlanen kasuan, 15 orrialdetik 30 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan. Oharren kasuan 5 orrialdetik 10 orrialdera doa ISO A4, lerroartekoa 1,5, euskarri informatikoan, nagusiki Word edo berrikusteko modukoan.
- b) Bibliografiari buruzko azken atala ere beharrezkoa da. Bertara bilduko dira testua ontzeko erabili diren lanak edo testuak aztertzen duen gaian erreferentziakoak direnak.
- c) Nahitaezkoa da egileek testuaren edukia antolatzea honetara: testuaren objektua zehazten duen sarrera, datuak eta egileak egoki irizten dituen arrazoiak barneratzeko garabidea eta ondorioak, horrek ere proposamena, balioztatzea edo azken gogoeta ekartzen dituela.
- d) Bibliografia aipatuari buruz jarraiko sistema erabiltzea gomendatzen da: edo Deiturak, Izena, «Artikuluaren titulua», Aldizkariaren edo liburua-ren titulua (aldizkariaren titulua sigla bada, ez da letra etzanez idatzi behar), bolumena, zenb., argitaratze tokia, argialetxea, argitaratze urtea, ukitutako orrialdeak.
- e) Legeen aipamenak jarraiko ereduaren arabera egin behar dira (edo ordenamendu juridiko bakoitzean ohikoa izaten den aipamen ereduaren arabera):
Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.
- f) Siglak punturik gabe idatziko dira, adibidez, LPL. Artikulu batean lehenegertzen denean hedapen gutxiko sigla bat, izen osoa idatziko da eta gero sigla parentesi artean.

7. Argitaratze ibilbidea

JADO aldizkariaren zuzendariak eta zuzendari laguntzaileak erabakiko dute idazketa batzordearen eta nazioarteko batzorde aholkulariarekin batera lanen argitalpena, kanpoko ikuskaritza eta ebaluazio independente batean oinarriturik. Lanen ebaluazio- prozesua aditu parekideen berrikuspen itsuaren bidez egingo da, *JADO* aldizkariaren kode etikoa betez. Egileok inprenta probak zuzendu ahal izango dituzte eta hamar egunetan horien zuzenketa jasotzen ez badira, ulertuko da egilea ados dagoela egingako inprimaketarekin.

8. Tasak

Artikuluak bidaltzeko, prozesatzeko eta argitaratzeko kostuak ez dira ko-bratu.

9. Copyright delakoa

JADO aldizkarian argitaraturiko artikuluen egileek, baldin eta artikuluen horiek argitaragabeak baldin badira, beste leku batean erreproduzitu ahal izango dituzte horiek, betiere *JADO* aldizkarian egin duten lehen argitaratzearen berri zehatza ematen baldin badute.

PUBLICATION STANDARDS

1. Content.

JADO publishes every year, starting in 2021, research works and notes (law and jurisprudential recensions and comments), notwithstanding the publications of especial and extraordinary numbers, which its periodicity adjusted to the corresponding call.

2. Publication frequency: yearly.

3. Originals mailing

Originals must be unedited and sent to the magazine following email address: secretaria@avd-zea.com

4. Copyrights

JADO is an open access magazine ([HYPERLINK “http://www.avd-zea.com/”](http://www.avd-zea.com/)http://www.avd-zea.com), which means it is entirely access free after every number publication. Reading, search, download, distribution and legal reusing under any kind of medium are permitted exclusively for no commercial means, and according to the Law, without previous consent of the publishing house, providing that the original work is accordingly cited (number, year and pages) and that any change in the original is clearly indicated.

5. Studies and notes format

The first page of the work must include the title, name of the author and academic filiation, as well as email and phone number.

The second page will include three abstracts in Basque language, Spanish and English with an average extensions of 120 letters each, as well as the work key words (3 to 5 words), also in Basque, Spanish and English. The texts must be preceded by a brief summary of the different epigraphs.

The material will be published, preferentially, in Basque and Spanish.

6. Edition standards

Bibliographic citations and references to other documentary sources must follow the following rules:

- a) The recommended extension for the studies is 15 to 30 pages ISO A4, 1.5 interline, in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format. For the notes, 5 to 10 pages ISO A4, 1.5 interline in informatics medium, preferentially, in Word or a revisable format.
- b) It is required a final bibliography section with the inclusion of the works used for the text elaboration or that may be considered referential in the matter the text is about.
- c) It is required that authors structure the text with an introduction including the data and arguments which define the object of the work, an unfolding including the data and arguments which the author appropriate to add and a conclusion presenting a proposal, an assessment, or a final reflexion.
- d) It is recommended to fulfil the following system when citing bibliography: name, first name, «Tittle of the article», Tittle of the magazine o of the book (if the tittle of the magazine are initials, do not use cursive type), volume, no., publishing city, publishing house, publishing year and pages concerned.
- e) Law citation must follow the next model (or the usual citation mode in each Law system):
i.e.
Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.
- f) Initials should be written without dots, i.e. LPL. Should the work mention a little widespread initials for the first time, it is required to write the whole name followed by the initial between brackets.

7. Publishing process

JADO's Director and the assistant director, with the cooperation of the Editorial Board and the Advisory Committee, will decide the works publication on an external and independent evaluation basis. The works evaluation process will be submitted to peer blind review, in accordance with *JADO*'s ethical Code. The authors may correct the printing proofs, so that if the correction is not received within 10 days his approval to the printing proof is presumed.

8. Taxes

There are no costs associated with delivery, processing or publication.

9. Copyright

The authors of the unpublished works released in this magazine can reproduce them providing the appropriate quotation of its original publication in *JADO*.

