EVALUACIÓN DE SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO 2015-2018

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

INDICE

EVALUACIÓN DE SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO 2015-2018

Presentación ……. 6

EVALUACIÓN DE SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO 2015-2018…….. 7

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

1.INTRODUCCIÓN..... 7

1.1. Contexto y alcance del encargo recibido…….. 7

1.2. Derecho civil vasco: Normas objeto de evaluación …….. 9

1.3. Metodología empleada …….. 15

2. EVALUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO (2015-2018): ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES MÁS REPRESENTATIVAS QUE INTEGRAN EL DERECHO CIVIL VASCO CONTENIDAS EN LA LEY REGULADORA DE LAS PAREJAS DE HECHO; EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO Y EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O RUPTURA DE LOS PROGENITORES

CAPÍTULO I. Análisis de la aplicación práctica de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho …….. 18

1. Concepto y ámbito de aplicación…….. 18

2. Constitución y acreditación. Registro de Parejas de Hecho…….. 20

3. La modificación del artículo 5.3 de la Ley 2/2003 (Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015, de 25 de junio)……. 22

4- Cláusulas Generales…….. ..27

5. Régimen sucesorio …….. 29

6. Régimen de derecho público-administrativo …….. 30

7. Causas de extinción. Carácter constitutivo de la cancelación de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho…….. 31

8. Breve referencia al análisis jurisprudencial realizado …….. 32

CAPÍTULO II. Análisis de la aplicación práctica de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco..... 32

1. Vecindad civil vasca y vecindad civil local ……..33

1.1.Regulación de la vecindad civil vasca: ejercicio de competencia legislativa……..34

1.2. Praxis y eficacia social de la vecindad civil vasca …….. 37

2. Evolución del Derecho de sucesiones en la Comunidad Autónoma del País Vasco…..39

2.1. Introducción…….. 39
2.2. Principios básicos del Derecho sucesorio vasco…….. 40
2.2.1. Los principios sucesorios en general…….. 42
2.2.2. Los principios sucesorios del Derecho civil vasco en particular: Engarce y modulación de la tradición histórica……42
2.2.3. Los principios sucesorios bajo el prisma de lo actual: perspectiva social…... 43
2.3. Los títulos sucesorios con especial referencia al testamento …….. 44
2.3.1. Los títulos sucesorios …….. 44
2.3.2. Testamentifacción en la LDCV …….. 45
A) Testamento *Hilburuko* …….. 46
B) Modo de ordenar la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad…….. 48
C) Modo de ordenar la sucesión por comisario…… 49
2.3.3. Pactos sucesorios ……. 51
2.3.4. Declaración de herederos *abintestato*……53
2.3.5.Títulos sucesorios …….. 54
2.3.6. Renuncias a la herencia…….. 54
2.3.7.La conflictividad jurisdiccional en materia de sucesiones …….. 56
2.4. Las líneas de aplicación práctica de la LDCV (2015-2018)……56
3. La institución de la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio……59
3.1.Concepto, naturaleza jurídica, territorialidad y elementos que la constituyen…… …….59
3.2. Enajenación de bienes troncales, efectos y acciones de protección……..62
3.2.1. Actos de disposición de bienes troncales a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*……..63
3.2.2. Enajenación de bienes troncales a título oneroso……64
3.3. Aplicación práctica, conflictos jurídicos y resoluciones judiciales……66
4. Regulación del régimen económico matrimonial……72
4.1. Planteamiento normativo……73
4.2. Régimen económico de comunicación foral……74
CAPÍTULO III. Análisis de la aplicación práctica de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores y de su evolución……75
1. Ámbito de aplicación y objeto de la ley……75
2. Pactos en previsión de ruptura de la convivencia……77

3. Mediación familiar…… 79
4. Medidas judiciales adoptadas en defecto de pacto…….. 81
4.1. Patria potestad……81
4.2. Guarda y custodia……82
4.2.1. Guarda y custodia compartida……82
4.2.2 Guarda y custodia exclusiva o monoparental…….. 85
4.3. Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios……...86
4.4. Régimen de comunicación y estancia……88
5. Uso y disfrute de la vivienda familiar……92
6. Disposición transitoria…….. 94
3. CONCLUSIONES………95

ABREVIATURAS

arts.	Artículos
BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CC	Código Civil
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DT	Disposición Transitoria
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
LDCFPV	Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco
LDCV	Ley 5/2015, de Derecho Civil Vasco
LJV	Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado
LPH	Ley 2/2003, reguladora de las Parejas de Hecho
LRF	Ley 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores
RDGRN	Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TS	Tribunal Supremo

Presentación

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

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Contexto y alcance del encargo recibido

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

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

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

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

a) Tres altos cargos del Departamento del Gobierno Vasco competente en materia de Derecho Civil;
b) Tres personas juristas de prestigio designadas por el Parlamento Vasco;
c) Tres, a razón de una persona jurista de prestigio designada por cada una de las Juntas Generales de los Territorios Históricos;
d) Cuatro, a razón de una persona designada en representación de Emakunde y una de cada uno de los órganos de la Administración General de la Comunidad

Autónoma competentes en las materias de asuntos europeos, en economía social y en política familiar;
e) Tres, a razón de una por cada uno de los Ilustres Colegio de Abogados de Álava, Gipuzkoa y del Colegio de la Abogacía de Bizkaia;
f) Tres, a razón de una por cada uno de los Ilustres Colegios de Procuradores de Vizcaya, Álava y Guipuzcoa;
g) Tres personas designadas por el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco;
h) Tres personas designadas por el Decanato del Colegio de Registradores;
i) Tres, a razón de una por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, una por la Universidad de Deusto y una por la Universidad de Mondragón;
j) Una persona designada por la Academia Vasca del Derecho.
También pueden formar parte del pleno y de hecho así lo hacen, un magistrado o magistrada de entre los ejercientes en el País Vasco, designado por el órgano de gobierno del Poder Judicial; y una persona perteneciente al Ministerio Fiscal, designada de entre los y las ejercientes en el País Vasco por el/la Fiscal General del Estado.

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

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

El presente documento recoge ese trabajo de investigación realizado aprovechando "*el profundo conocimiento y pluralidad de perspectivas que permite la propia composición de la Comisión, y con la ayuda de sus vocales como expertos y representantes de los principales agentes y actores del mundo del Derecho privado en el País Vasco***"**. En su elaboración se ha contado con la

asistencia y apoyo del Comité Técnico en orden a la *"recopilación de datos aplicativos y estadísticos sobre la incidencia y la realidad práctica civil y judicial*".

En todo caso conviene anticipar que las conclusiones que la evaluación realizada de las principales instituciones que conforman el Derecho civil vasco, en los escasos tres primeros años a los que se ciñe el estudio, aunque no sean concluyentes, sí permiten obtener una primera fotografía en torno a su aplicación, a su conocimiento etc., y permite proponer algunas medidas que contribuyan al reforzamiento y consolidación de nuestro Derecho civil propio. Ahora bien, la prudencia aconseja que antes de proponer innovaciones y modificaciones legislativas se dé más tiempo a la consolidación del Derecho civil vasco ya que ello permitirá poder realizar un diagnóstico más preciso, más consolidado y riguroso.

1.2. Derecho civil vasco: Normas objeto de evaluación

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

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

La delimitación del alcance y contenido del Derecho civil foral ha sido abordada por la doctrina constitucional desarrollada, entre otras muchas, en las SSTC

88/1993, 156/1993 y 31/2010. En ellas se han acotado los conceptos constitucionales y estatutarios de "conservación", "modificación" y "desarrollo" de los Derecho civiles especiales y forales "allí donde existan". Y, particularmente, ha incidido sobre la necesidad de regular sobre "instituciones conexas" con aquellas que estaban vigentes en el momento de la promulgación de la Constitución, dentro de lo que el TC ha entendido como la potestad de actualización o innovación del Derecho civil propio. En tal sentido, tanto la noción de "instituciones conexas" y la identificación de las normas y fuentes sobre las que cabe construir esa actualización, como el grado de "conexidad" más o menos directa o tangencial que puede ser exigible a esas innovaciones, han sido cuestiones polémicas no exentas de diferentes interpretaciones.

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

Posteriormente, haciendo suya una doctrina más generosa, el TS amplió la concepción del Derecho civil vasco, en su Auto de 10 de mayo de 2011 (Roj. ATS 4749/2011) al dejar sentado que *"no puede ser excluida del concepto de Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, ya que estamos ante una materia [ley vasca de cooperativas] que, es regulada por una norma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de jurisdicción civil"* y consiguientemente declaró que el órgano competente para conocer del recurso de casación civil era el TSJPV. Pero esa visión amplia podría verse matizada o incluso contradicha en otras decisiones posteriores del mismo TS, como por ejemplo en el Auto de 3 de marzo de 2015 (Roj. ATS 1990/2015) en relación a la Ley de Vivienda de Galicia donde viene a decir que "*no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado*

constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio" añadiendo que "*el criterio más seguro para responder a esta cuestión es el de la competencia legislativa, de modo que una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1.8 CE"* o en el Auto de 5 de septiembre de 2018 (Roj. ATS 8857/2018) donde el Tribunal, modificando el criterio anteriormente seguido, se declara competente para conocer de un recurso de casación civil sobre la Ley de Cooperativas de Galicia.

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

Esta apertura a la tradición jurídica de la Comunidad Autónoma y la exclusión de la estricta vinculación a los textos compilados, en aplicación de la interpretación hecha por el TC del inciso "allí donde existan", viene a marcar un nuevo capítulo en una larga polémica, que es especialmente relevante en el caso vasco, porque la Ley 42/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de derecho civil foral de Vizcaya y Álava, se limitó a dar carta de naturaleza a la "selección" de determinadas costumbres civiles y normas previamente contenidas en el Fuero, silenciando diversas partes del mismo. Este silencio en la Compilación de 1959 de algo que estaba vigente en la práctica foral inveterada y sostenida hasta aquel momento, está en la base de la errónea creencia de que las particularidades del Derecho civil vasco (y peculiarmente, centrando aquél en el de Bizkaia y Araba) se ciñen al ámbito matrimonial (o a su régimen económico), a la sucesión por causa de muerte y a la regulación de la troncalidad en sede del derecho de bienes. E implica la errónea creencia de que otros ámbitos del derecho civil hasta entonces en vigor, como los relativos al Derecho de la persona o la familia, los Derechos reales, los Derechos de obligaciones y contratos, no presentaban una especificidad foral y se habían regido siempre por Derecho castellano o Derecho común, que debía ser el que siguiera disciplinando esas materias.

Sin embargo, ello no implicó una derogación formal del Derecho previamente vigente. Es más, elocuentemente, la Compilación no contenía una cláusula formalmente derogatoria, sino dos cláusulas finales[1] que dejaron un notable margen para la interpretación sobre su alcance y, particularmente, en cuanto a su alcance sobre las leyes que el Código Civil declaraba vigentes y en cuanto a la pervivencia del derecho consuetudinario en la práctica privada, como usos o costumbres.

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

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

[1] "Disposiciones finales.

Primera: Todas las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala quedan sustituidas por las contenidas en esta Compilación.

Segunda: En lo no previsto en esta Ley, y en tanto no se oponga a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Álava el Código Civil y las Leyes que éste declara vigentes".

[2] "A juicio del Consejo de Estado, aun cuando no existiera en la Compilación una regulación sustancial de la adopción como la contenida en las Leyes 73 y 74 de la Compilación del derecho civil foral de Navarra (el artículo 8 de cuya Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, permite adoptar conjuntamente a los miembros de una pareja estable, habiendo sido objeto tal precepto del recurso de inconstitucionalidad 5297/2000, promovido por ochenta y tres diputados del Grupo Parlamentario Popular), a la vista de las Sentencias citadas del Tribunal Constitucional, sí cabe entender que existe una conexión entre el derecho civil foral del País Vasco y la regulación que se trata de introducir. La adopción no puede considerarse una materia completamente ajena o desvinculada del derecho civil foral, ya que aparecen normas relativas al *status familiae* de los hijos adoptivos en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, y su regulación se conecta con el derecho familiar y sucesorio propio."

de determinar sus específicas fuentes de producción normativa, lo que conlleva admitir la pluralidad legislativa en el Estado. Y, por otro, la doctrina más centralista, que persigue lograr el mayor grado de uniformidad posible, configurando estos derechos privados territorialmente localizados como una anomalía o una normativa de carácter residual.

Entre ambos extremos, podemos sintetizar, de momento, que la competencia en materia de Derecho civil foral o especial se encuadra competencialmente en el artículo 149.1.8 CE, en el inciso «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de las CCAA de los derechos civiles forales o especiales» y en el inciso «allí donde existan», debiendo respetar los ámbitos materiales que «en todo caso» se reserva el Estado. Para ejercer la competencia de «desarrollo» del derecho propio y regular «*ex novo*» una institución jurídica, ha de probarse que posee conexión con alguna institución que estuviera vigente al tiempo de promulgarse la Constitución. Ello significa que este crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección, ni sobre cualesquiera objetos, por no estar ante una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materia.*

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

A los efectos de la presente evaluación se debe distinguir, nítidamente, la cuestión competencial o cuál es el alcance potencial o constitucional de la competencia reconocida en el artículo 10.5 EAPV para la "*conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia*", del Derecho civil vasco actualmente vigente. Porque es este último, el Derecho civil vasco vigente, el que se debe evaluar. Sin entrar tampoco a aventurar en este momento qué otros campos podrían ser abarcados por el Derecho civil vasco a futuro, dentro del desarrollo que le está permitido, pero que a día de hoy no cuentan con una legislación o normativa específica, cuya aplicación se pueda evaluar.

En tal sentido, se parte de una situación legislativa dada, que no podemos alterar y que constituye precisamente su objeto de estudio.

La presente evaluación se va a constreñir al análisis de tres leyes que indiscutiblemente integran y forman parte del Derecho civil vasco y en las que se articulan las instituciones que se podrían calificar como más singulares y representativas del Derecho civil foral o especial propio. Estas tres leyes son: la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Las tres traen causa directa del artículo 10.5 EAPV y del artículo 149.1.8 CE.

La primera de las leyes a examinar será la **Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho**. Algunos artículos de esta ley han sido modificados por la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco, concretamente, los artículos 2 (punto de conexión: vecindad civil vasca) y 5 (con el establecimiento del régimen económico de separación de bienes como régimen supletorio en defecto de pacto). En este último caso, el análisis recogido en el presente informe prestará singular atención a las relaciones económico-patrimoniales de la pareja de hecho, por ser uno de los extremos que mayor controversia y litigiosidad ha venido suscitando.

La elección de la segunda de ellas, de la **Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco,** obedece a que es ésta la ley que ha establecido, por primera vez, de una vecindad civil vasca para el conjunto de los Territorios que conforman la Comunidad Autónoma de Euskadi, es la que articula el sistema de fuentes del Derecho civil vasco (arts. 1 a 4) así como los principios inspiradores de la ley civil vasca (arts. 5 a 7), es la que delimita el ámbito de aplicación de la ley civil vasca (arts. 8 a 11), es la que además de esbozar los principios de derecho patrimonial propios del Derecho civil vasco ordena toda la sucesión y la que mantiene la singularidad de la troncalidad para la Tierra Llana de Bizkaia, Llodio y Aramaio y la libertad de testar Ayalesa o las normas especiales de ordenación sucesoria del caserío en el Territorio Histórico de Gipuzkoa (arts. 17 a 124), y, por último, es la que regula el régimen de bienes del matrimonio y en particular el régimen de comunicación foral de bienes (arts. 125 a 146). Se trata de una ley nuclear dentro del *corpus* del Derecho civil vasco.

La tercera y última de las leyes que va a ser objeto de análisis y evaluación es la **Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.** Entró en vigor el 10 de octubre de 2015 y desde entonces su aplicación por parte de los Juzgados y Tribunales de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba se ha generalizado al punto de que el 55,39% de las

resoluciones judiciales dictadas por jueces y tribunales del orden civil que aplican el Derecho civil vasco están relacionadas con casos de rupturas de los progenitores. Esta explosión experimentada de este ámbito del Derecho de familia determina la conveniencia de realizar un análisis y evaluación singularizado. Esta dinámica en la que las cuestiones civiles que mayor litigiosidad generan acaban recayendo en el campo del Derecho de familia no es ajena a las dinámicas socio-económicas y sociológicas propias de la sociedad actual.

1.3. Metodología empleada

Una vez realizada por parte de la Comisión de Derecho civil vasco una primera aproximación al objeto de evaluación, como punto de partida, la Secretaría General elaboró un primer cuestionario compuesto de 20 apartados en los que se trataba de hacer un repaso general de todos los ámbitos potencialmente vinculados al Derecho civil vasco, a fin de tratar de identificar aquellas fuentes o datos en los que basar esta evaluación.

Dicho cuestionario fue remitido a todos los miembros que conforman el Pleno de la Comisión de Derecho civil vasco. Siendo la contestación al cuestionario voluntaria, se recibieron 10 aportaciones, lo que equivale a un tercio aproximadamente de los miembros de la Comisión.

Estas primeras aportaciones apuntaron diferentes cuestiones y líneas de investigación a los efectos de recabar datos de diferentes fuentes. Se hizo especial hincapié en las fuentes jurisprudenciales y notariales, incluidas las resoluciones de la DGRN (en la actualidad, denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), además de citarse también la utilidad de fuentes de las Haciendas Forales en relación con datos tributarios, o a registros jurídicos (Registro Civil y Registro de la Propiedad y registros administrativos).

Se amplió el rango de los encuestados, remitiendo el cuestionario, igualmente a los órganos del Gobierno Vasco encargados de la llevanza del Registro de Parejas de Hecho. Y se hizo lo propio con los Registros Civiles recibiendo las respuestas específicas de los Registros Civiles de Balmaseda e Irún.

Se requirió, también, el apoyo del EUSTAT en relación con aquellos datos que este instituto podía tener a su disposición o a los que de alguna otra manera podía tener acceso.

Una vez verificado lo anterior, se optó por concentrar el esfuerzo en localizar aquella jurisprudencia aplicativa al Derecho civil vasco, que aportara datos reales en cuanto a la aplicación del mismo en sede judicial.

Se ha hecho partiendo de la propia definición de "jurisprudencia" que facilita el artículo 2 de la ley 5/2015 *"Por jurisprudencia, a los efectos del Derecho civil vasco, se ha de entender la doctrina reiterada que en su aplicación establezcan las resoluciones motivadas de los jueces y tribunales con jurisdicción en el País Vasco"*, reservando a la Sala de lo Civil del TSJPV la función de unificación de doctrina. Para la realización de esas búsquedas exhaustivas de jurisprudencia se ha acudido a la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en tanto que principal fuente pública de jurisprudencia.

Tras circular entre los miembros de la Comisión un primer borrador de informe de evaluación, se volvieron a recoger diversas aportaciones y comentarios, recibidas de los propios miembros de la Comisión.

Con todo ello, se elaboró un segundo borrador que fue presentado al plenario de la Comisión en la sesión celebrada el 19 de diciembre de 2019, donde fue debatido y se acordó retomar la creación de un Grupo de Trabajo específico, mixto, integrado por los y las vocales que se ofrecieran voluntarios así como por el personal del Comité Técnico, para terminar de acordar un documento final de evaluación.

Dicho Grupo de Trabajo se conformó y ha estado trabajando durante varios meses. Ello ha permitido, entre otros aspectos, reforzar el documento al centrar el informe de evaluación en la *praxis* de aquellas instituciones que son más relevantes y significativas de nuestro Derecho civil vasco. Asimismo, ha posibilitado ampliar los datos estadísticos notariales empleados, incluyendo aspectos que inicialmente se habían dejado fuera por no contar con un desglose territorializado, así como actualizar los datos aportados por el Notariado y por diferentes registros públicos y Departamentos de la Administración General del País Vasco, y ha permitido completar el análisis "cualitativo" de la Jurisprudencia y de las resoluciones de la DGRN más relevantes dictadas en torno a las principales instituciones que integran el Derecho civil vasco.

Además, en el año y medio transcurrido desde el último plenario se han realizado otras tareas que abarcan períodos posteriores a la fecha de cierre del informe evaluación y también se han planteado reflexiones o aportaciones de

diverso calado sobre posibles líneas de desarrollo futuro del Derecho civil vasco que podrían servir como punto de partida de debate en la propia Comisión.

Finalizadas dichas tareas, se han elaborado dos documentos con finalidades diversas:

- El primero de ellos es el titulado "Evaluación de situación del Derecho civil vasco 2015-2018. Situación del Derecho civil vasco tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco" centrado en el análisis pormenorizado de tres de sus leyes (ley reguladora de las parejas de hecho, ley de Derecho civil vasco y ley de relaciones familiares en casos de separación o ruptura de los progenitores) para su divulgación.

- El segundo de los documentos va más allá, dado que además de integrar una parte nuclear del informe de evaluación anterior, adiciona el análisis de otras normas autonómicas relacionadas con las definidas más estrictamente como Derecho civil vasco, incluye trabajos que abarcan períodos posteriores a la fecha de cierre del informe de evaluación y aportaciones en orden a posibles líneas de desarrollo futuro a explorar por la propia la Comisión de Derecho civil vasco.

Ambos documentos se someten a consideración de la Comisión. Trabajo que esperamos sirva para abrir el camino a otros muchos, que debieran seguirle periódicamente para obtener una imagen más precisa y fiable de las dinámicas que se apuntan en este informe o de otras que puedan surgir.

Un aspecto en el que se debe incidir, con carácter previo, antes de realizar la evaluación recogida en el presente documento, es que una cosa es el Derecho civil vasco y otra muy distinta es el Derecho autonómico. La jurisprudencia del TS, entre otros, en Autos de 3 de marzo de 2015, sobre el Derecho civil gallego y de 20 de mayo de 2015 insiste sobre este extremo al advertir que "*no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de derecho privado constituye una norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran el Derecho civil propio".* Es por ello que las alusiones que, a lo largo del presente informe, se puedan encontrar realizadas al Derecho autonómico, en todo caso, se harán desde la interconexión de las instituciones civiles vascas.

2. EVALUACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO (2015-2018): ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS INSTITUCIONES MÁS REPRESENTATIVAS QUE INTEGRAN EL DERECHO CIVIL VASCO CONTENIDAS EN LA LEY DE PAREJAS DE HECHO; EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO Y EN LEY DE RELACIONES FAMILIARES EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O RUPTURA DE LOS PROGENITORES

De los resultados de la evaluación se deduce que, con carácter general, el advenimiento del nuevo Derecho civil vasco como evolución de los Derechos forales de los diferentes Territorios Históricos, ha resultado poco conflictivo y su aceptación ha sido, también, bastante generalizada.

CAPÍTULO I. Análisis de la aplicación práctica de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho

1. Concepto y ámbito de aplicación

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

La ley vasca define la pareja de hecho en el artículo 2 LPH como la unión libre de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de diferente género, entre los cuales no puede haber una relación de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral. Una de las características de la ley vasca, a diferencia de otras regulaciones, es que para constituirse como pareja de hecho no se requiere una convivencia previa mínima. Otro de los requisitos lógicos exigidos es que sus integrantes no deben estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho, debiendo primero extinguir ese vínculo previo, antes de poder constituir una nueva pareja de hecho. En todo caso, el principal y más sustancial cambio del artículo 2.2, introducido por la DA 2ª LDCV, es que para poder ser reconocido como pareja de hecho en la CAPV y tener acceso al Registro de Parejas de Hecho, desde el 3 de octubre de 2015, es requisito *sine qua non* que "*al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca*". Con anterioridad a dicha modificación legal bastaba que "*al menos una de las*

personas integrantes de la pareja tuviera su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi".

Una de las dudas que se planteó a las personas encargadas del Registro de Parejas de Hecho de Euskadi fue si ese requisito de la "vecindad civil vasca" introducido en la modificación del 2015 era exigible igualmente a aquellas uniones registradas con anterioridad a la modificación del artículo 2.2 LPH. La respuesta es que no. El requisito de la "vecindad civil vasca" para la inscripción como pareja de hecho, en el Registro de Parejas de Hecho de Euskadi, resulta de aplicación única y exclusivamente a aquellas que hayan pretendido la inscripción a partir de la entrada en vigor de la nueva redacción del precepto, esto es, tiene efectos *ex nunc.* No es exigible a las parejas de hecho válidamente inscritas con anterioridad al día 3 de octubre de 2015, a quienes no resultaba de aplicación la exigencia de acreditar que al menos uno de los integrantes de la pareja tuviera "vecindad civil vasca", bastando la vecindad administrativa.

Las estadísticas revelan que Euskadi tiene un número notable de parejas de hecho, que representan un porcentaje del 11,6% sobre el número total de las parejas registradas y cerca de 62.500 uniones de este tipo[3], la mayor parte heterosexuales.

Procede, por otra parte, llamar la atención de que en la Exposición de Motivos de la LPH, continúa aludiéndose a la vecindad administrativa como punto de conexión de la ley, cuando, tal y como se ha comentado, tras la reforma introducida por la LDCV éste ha pasado a ser la "vecindad civil vasca" quedando en evidencia la falta de concordancia concurrente. Se llama la atención de este extremo para que cuando el legislador acometa su revisión o actualización lo tenga en cuenta.

En todo caso, es preciso señalar que la constitución de pareja de hecho al amparo de la LPH no provoca efectos en el estado civil de los unidos, que a todos los efectos, permanecen solteros, aunque dicha situación se englobe dentro del derecho de familia.

La Dirección de Política Familiar y Diversidad del Gobierno Vasco, en su calidad de órgano competente para la gestión y mantenimiento del Registro de Parejas de Hecho, así como para la realización de funciones de coordinación e

[3] http://ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t20/p274/serie/def/p02/l0/&file=02017.px

información y aprobación de las directrices comunes sobre los procedimientos que se pueden tramitar ante dicho registro ha facilitado los datos del número de parejas de hecho inscritas en el período al que se circunscribe el presente informe. En el período comprendido desde el 7/03/2016 al 7/03/2018 (ambos incluidos) el número de parejas de hecho inscritas, en la que al menos uno de sus integrantes tiene vecindad civil vasca, asciende a un total de 5.774, de las cuales:

a) Parejas de hecho en la que ambas tienen nacionalidad española: 3.912;

b) Parejas de hecho en la que ambas tienen nacionalidad extranjera: 114; bajo este apartado se incluyen a las parejas en las que, al menos uno de sus integrantes, tiene doble nacionalidad, siendo una de ellas la española, teniendo al menos uno vecindad civil vasca (y que sin embargo, en las estadísticas son contabilizadas como extranjeras);

c) Parejas de hecho en la que una persona tiene nacionalidad española y la otra extranjera: 1.748.

Los datos estadísticos facilitados sólo recogen referencias a la nacionalidad de los integrantes de la pareja de hecho, aunque para tener acceso al Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, la propia Dirección de Política Familiar y Diversidad compruebe la concurrencia del requisito de la vecindad civil vasca requerida, como así resulta del Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV nº 100, de 29/05/2017). A la vista de lo anterior, se recomienda a la Dirección de Política Familiar y Diversidad la inclusión de los datos de vecindad civil, además de los datos de la nacionalidad, a efectos estadísticos, todo ello, sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

2. Constitución y acreditación. Registro de Parejas de Hecho

El reconocimiento legal como “pareja de hecho” y el régimen de derechos y obligaciones que conlleva, en la ley vasca, queda subordinado a la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV que crea la propia ley. Es por ello que este Registro de Parejas de Hecho adquiere una especial importancia al

tener la inscripción "carácter constitutivo" tal y como recuerda, entre otras muchas, la SAP de Bizkaia de 7 de noviembre de 2017 (Roj. SAP BI 2290/2017). Consiguientemente, en nuestro Derecho civil vasco, quedan excluidas del concepto legal de "pareja de hecho" y no les resultarán de aplicación las previsiones de la presente ley, ni la equiparación de derechos con el cónyuge viudo prevista en la DA 2ª LDCV al resto de las uniones de hecho no inscritas en el registro administrativo del Gobierno Vasco.

La constitución de la pareja de hecho y el régimen económico-patrimonial de la pareja se acreditan mediante certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV (artículo 3 LPH). Se configura como un sistema de publicidad alternativo al Registro Civil.

En la actualidad la estructura y funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho se regula, tal y como se ha señalado, mediante el precitado Decreto 155/2017, de 16 de mayo, que ha venido a sustituir al Decreto 124/2004. Este nuevo reglamento está permitiendo dar respuesta a diferentes situaciones que no estaban contempladas en el decreto inicial, que dificultaban la posibilidad de presentar solicitudes ante el Registro y en ocasiones impedían el acceso al mismo, ha reforzado los trámites conducentes a practicar las distintas inscripciones, con el objeto de dotar de mayor garantía y seguridad jurídica a los procedimientos y se ha adaptado a las modificaciones introducidas con la aprobación de la LDCV, sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio antes citado.

Un aspecto que diferencia los matrimonios de las parejas de hecho inscritas radica en que, como constata la STSJPV de 8 de septiembre de 2016 (Roj. STSJ PV 2899/2016) la presunción de vivir juntos que el artículo 66 del CC reconoce a los cónyuges, no existe en la LPH vasca.

Son muchos los Ayuntamientos de la CAPV que cuentan con registros municipales de parejas de hecho, teniendo sus inscripciones el mismo efecto constitutivo, siempre y cuando al practicar dicha inscripción se observen los requisitos establecidos en la LPH, lo que deberá ser verificado por el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV (artículo 3.3 LPH). La experiencia práctica enseña que esta previsión de la ley –registros municipales de parejas de hecho- ha contribuido a la consolidación de la institución.

Ahora bien, en este mismo sentido, es conveniente recordar que algunos de estos registros municipales, entre otros el de Gasteiz, se constituyeron con

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

Los derechos y deberes reconocidos por la LPH principalmente son administrativos, bastando una lectura del articulado para su constatación. Desde el punto de vista del Derecho civil vasco son dos los efectos fundamentales: el régimen económico-patrimonial (artículo 5 y siguientes LPH) y el régimen sucesorio (artículo 9 LPH).

3. La modificación del artículo 5.3 de la LPH (Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco)

La LPH faculta a los miembros de la pareja de hecho pactar y establecer el régimen económico-patrimonial que libre y voluntariamente convengan, al igual que los cónyuges pueden pactar su régimen económico matrimonial. Pueden formalizar sus pactos tanto mediante documento público, como mediante documento privado –a diferencia de los cónyuges, cuyas capitulaciones matrimoniales sólo cabe formalizarlas en escritura pública-. Los únicos límites que deben respetar son los fijados en el apartado 2 del artículo 5 LPH, no pudiendo pactarse la constitución de la pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición.

A partir de la modificación introducida por la LDCV en el artículo 5 de la Ley 2/2003 de parejas de hecho, el régimen económico-patrimonial de las parejas, en defecto de pacto expreso, será el de separación de bienes[4]. Antes, no existía una determinación de régimen por defecto, dejándolo al libre arbitrio de las

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

partes y limitándose a decir (como sigue todavía hoy diciendo el artículo 6 LPH) que en defecto de otro pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan y a apuntar en abstracto unos contenidos concretos que habrán de incluirse, pero sin definir el sentido de la regulación respecto a cada uno de ellos.

En concreto, a partir de los datos estadísticos en materia de parejas de hecho, obtenidos de la Aplicación informática para la gestión del Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, se constata que en el período comprendido desde el 3 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor de la LDCV) hasta el 4 de marzo de 2018, del total de inscripciones de la declaración de constitución como pareja de hecho practicadas en dicho periodo, y que ascienden a 6.872, únicamente 37 parejas optaron por regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión en base al régimen de comunicación foral de bienes.

Por el contrario, la mayoría de las parejas de hecho (en particular, 4.253), optaron por someter las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión al régimen de separación de bienes, y, seguidamente, pero en menor medida, por el de bienes gananciales (en este último caso, un total de 1.322).

De otro lado, destaca el hecho de que de las 37 parejas que optaron por el régimen de comunicación foral de bienes, 36 de ellas residían en el Territorio Histórico de Bizkaia y la pareja restante en el Territorio Histórico de Araba/Álava, sin que ninguna de las parejas de hecho que han optado por dicho régimen tengan su residencia en el Territorio Histórico de Gipuzkoa.

A juicio de las personas encargadas del Registro de Parejas de Hecho, dicha situación puede tener su explicación en los antecedentes jurídicos más inmediatos del sistema de la comunicación foral de bienes, y que tenía su reflejo en la LDCFPV, la cual vinculaba dicha institución, desde el punto de vista territorial, a los Territorios Históricos de Bizkaia –en particular, a los municipios comprendidos dentro del territorio denominado de Infanzonado o Tierra Llana– y de Araba/Álava, en este último caso, a los municipios de Llodio y Aramaio, en los que regía el Fuero de Bizkaia en su integridad[5], esto es, tanto las previsiones en materia de sucesiones contenidas en el mismo como las relativas al régimen de bienes en el matrimonio.

[5] Dejando al margen los preceptos que se refieren a la determinación del ámbito territorial, de aplicación específica para el Territorio Histórico de Bizkaia.

Sin embargo, estos datos resultan extrapolables, a la vista de lo que aporta la base de datos del Índice Único Notarial, con la tendencia que siguen los matrimonios en sentido estricto a la hora de elegir su régimen matrimonial. Aunque el régimen económico matrimonial por defecto siga siendo el de gananciales (o el de comunicación foral en Bizkaia, Aramaio y Llodio), la tendencia indica que, de otorgarse capitulaciones para elegir un régimen económico-patrimonial predeterminado, la opción favorita parece ser el de separación de bienes, que experimenta una subida constante, tanto en Euskadi como en el Estado, y tanto en las capitulaciones prenupciales como en las postnupciales.

Capitulaciones matrimoniales prenupciales de separación de bienes (anual)

	ESTATAL		EUSKADI	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008	18.178	-3,95	1.516	13,64
2009	16.837	-7,38	1.492	-1,58
2010	17.435	3,55	1.628	9,12
2011	17.538	0,59	1.552	-4,67
2012	18.200	3,77	1.517	-2,26
2013	17.799	-2,20	1.502	-0,99
2014	19.600	10,12	1.659	10,45
2015	20.611	5,16	1.670	0,66
2016	23.712	15,05	1.772	6,11
2017	25.880	9,14	1.904	7,45

Capitulaciones matrimoniales postnupciales de separación de bienes (anual)

	ESTATAL		EUSKADI	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008	22.275	-1,82	871	-2,35
2009	20.575	-7,63	862	-1,03
2010	20.393	-0,88	910	5,57
2011	18.986	-6,90	902	-0,88
2012	19.457	2,48	939	4,10
2013	18.854	-3,10	976	3,94
2014	19.580	3,85	988	1,23
2015	19.455	-0,64	989	0,10
2016	20.711	6,46	1087	9,91
2017	22.340	7,87	1112	2,30

De todas maneras, se dice “parece ser” porque, siendo las únicas capitulaciones matrimoniales para las que el Índice único notarial aporta datos desagregados a nivel de la Comunidad Autónoma las relativas al régimen económico de separación de bienes, ello impide realizar la comparación con las capitulaciones otorgadas en relación con otros regímenes económico-matrimoniales. Lo cual sería imprescindible para comprobar si, efectivamente, el incremento continuado de las capitulaciones es algo que distingue al régimen de separación de bienes de otros regímenes económicos o si, por el contrario, la tendencia es a un incremento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, en general.

Esta comparación sí puede hacerse a nivel estatal, comprobándose que esta es una tendencia muy fuerte, en nada comparable al número ni a la evolución de las capitulaciones matrimoniales relativas a otros regímenes matrimoniales. Y sólo podría relativizarse desde la consideración de que, al ser el régimen de gananciales el dispuesto legalmente por defecto en ausencia de capitulaciones, el mismo no requeriría ser expresamente pactado (como sí sucedería, precisamente por ese mismo hecho, con el de separación de bienes).

Número de actos por año a nivel estatal	**Capitulaciones matrimoniales prenupciales de separación de bienes**	**Capitulaciones matrimoniales prenupciales pactando el régimen de gananciales u otro régimen de comunidad**	**Capitulaciones matrimoniales prenupciales pactando el régimen de participación en la ganancia**	**Capitulaciones matrimoniales prenupciales pactando otro régimen matrimonial**
2008	18.178	1027	242	894
2009	16.837	1005	163	781
2010	17.435	962	202	783
2011	17.538	935	158	758
2012	18.200	938	192	716
2013	17.799	845	153	698
2014	19.600	947	211	730
2015	20.611	823	220	581
2016	23.712	913	239	667
2017	25.885	934	242	624

Número de actos por año a nivel estatal	**Capitulaciones matrimoniales postnupciales pactando el régimen de separación de bienes**	**Capitulaciones matrimoniales postnupciales pactando el régimen de gananciales u otro régimen de comunidad conyugal**	**Capitulaciones matrimoniales postnupciales pactando el régimen de participación en la ganancia**	**Capitulaciones matrimoniales postnupciales pactando otro régimen matrimonial**
2008	22.275	1691	326	1169
2009	20.575	1663	347	1037
2010	20.393	1795	332	894
2011	18.986	1707	298	788
2012	19.457	1709	348	729

2013	18.854	1730	300	748
2014	19.580	1623	351	760
2015	19.455	1729	308	697
2016	20.711	1733	353	737
2017	22.344	1893	335	806

Por otro lado, ha sido también advertido por las aportaciones de varios vocales de la Comisión, que se ha llegado a cuestionar, si el régimen económico de las parejas de hecho tiene sólo una base consensual, basado en el pacto entre las partes, o tiene también un respaldo legal que permite oponerlo frente a terceros.

Así, una consecuencia concreta de dicho planteamiento teórico ha sido la polémica sobre si las adquisiciones de bienes inmuebles hechas por parejas de hecho al amparo de un régimen económico determinado, pueden o no tener acceso al Registro de la Propiedad. Este acceso ha llegado a ser denegado en algún caso, en la medida en que, si bien plenamente válidos entre los miembros de la pareja de hecho, dichos pactos de regulación del régimen económico de la pareja carecerían, en opinión del registrador, de eficacia frente tercero[6]. Conforme a esta interpretación, al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procede la aplicación del régimen económico matrimonial ni su acceso al Registro de la Propiedad, que es únicamente aplicable a los matrimonios, independientemente de los efectos que puedan tener entre las partes los pactos reguladores de sus relaciones personales y patrimoniales inscritos en el Registro de parejas de hecho.

Otro vocal de la Comisión citó el caso del Registro de la Propiedad de Santurtzi, donde inicialmente se negó el acceso al Registro de una adquisición realizada por una pareja de hecho que había optado por el régimen de gananciales aduciendo que el Parlamento Vasco carecía de facultades al respecto por considerar no aplicable el régimen de gananciales en los supuestos en los que no hubiera matrimonio, criterio que lógicamente podía extenderse al Régimen de Comunicación Foral.

Este argumento incluso recibió en Primera Instancia el visto bueno del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao, sentencia de 26 de Julio de 2.016,

[6] Se ha citado en las aportaciones de los vocales, en este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2013 (en relación a un caso del Registro de la Propiedad de Dos Hermanas, Sevilla), señalado que, al no trascender respecto de terceros, un bien titularidad de los convivientes no puede inscribirse como integrante de una comunidad económico convivencial de una pareja de hecho.

considerando que por motivos de orden público no puede admitirse una especie de "matrimonio parcial" (sic). Sin embargo, en un recurso posterior se rechazó este planteamiento por la SAP de Bizkaia de 29 de diciembre de 2016 (Roj. SAP BI 2481/2016), aplicando la doctrina establecida por la STS de 16 de junio de 2011. No obstante, con anterioridad, el nuevo Registrador de la propiedad de Santurtzi cambió el criterio mantenido por su predecesora, sin que desde entonces, al parecer, en sede judicial se hayan vuelto a plantear dudas sobre la aplicabilidad de uno u otro régimen a las parejas de hecho.

En todo caso, el problema sigue ahí y, como han advertido conjuntamente los vocales designados por el Decanato del País Vasco del Colegio de Registradores, no sólo algún registrador, partiendo de la independencia propia de su función calificadora, puede denegar la inscripción de bienes con carácter común a los integrantes de parejas de hecho, sino que también existe cierto número de notarios que, tras acreditar la situación de pareja de hecho sometido al régimen económico patrimonial de gananciales, demandan la inscripción por mitades indivisas ya que consideran el pacto carece de eficacia frente a terceros y así lo hacen constar en los propios instrumentos públicos. Es más, hay, al menos, un caso en que la persona titular del Registro de la Propiedad de Bilbao nº 6 suspendió la inscripción por solicitar la inscripción por mitades indivisas cuando la pareja estaba sometida al régimen de gananciales. Ante ello el notario de Bilbao recurrió a la DGRN, motivando la resolución de 11 de junio de 2018, en la cual estiman el recurso y ordenan la inscripción por mitades indivisas negando virtualidad al pacto inscrito en el Registro de parejas de hecho.

Por ello cabría plantearse alguna intervención legislativa que, dentro de los parámetros competenciales que corresponden al legislador vasco, deje claro cuál es la eficacia del referido pacto, y si para ello es necesario algún requisito adicional a la inscripción en el Registro de Parejas de hecho. Y que, como se ha señalado expresamente en las aportaciones recibidas de los y las vocales, tenga en cuenta lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio, que ha venido a incidir en materia de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, vigente desde el 29 de enero de 2019.

4. Cláusulas generales

Otra de las previsiones que contempla la normativa vasca es la posibilidad de que la pareja de hecho, al inscribirse, en defecto de otro pacto, acuerde

adherirse a las cláusulas generales expresamente recogidas en el artículo 6 LPH.

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

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

- la contribución al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal en los términos delimitados;
- la prohibición de enajenar, gravar o, en general, disponer de su derecho sobre los bienes comunes de la pareja de cualquier forma que comprometa su uso sin el consentimiento del otro;
- Y, los efectos del cese de la pareja, reconociendo los siguientes derechos:

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

  b) Una compensación económica a favor de quien, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado una desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto;

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

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

En todo caso, las controversias judiciales habidas enseñan que sólo cabe invocar y aplicar el artículo 6 LPH y sus cláusulas generales para regular el cese de la pareja de hecho en el único caso de que hubieran pactado adherirse expresamente a las mismas. Así ha sido interpretado por los Tribunales, entre otros, por la SAP de Álava de 28 de septiembre de 2016 (Roj. SAP VI 504/2016), que analiza el caso de una pareja de hecho que había pactado única y exclusivamente someter sus relaciones económico-patrimoniales al régimen de separación de bienes, pacto que no incluía ninguna otra previsión, ni adhesión a las cláusulas generales y que, producida la ruptura, uno reclamaba al otro una indemnización por la ruptura; la Sala desestima la pretensión en base a que: "*se estableció un pacto expreso donde (…) ni se establece ninguna compensación en caso de disolución de la pareja"* por lo que "*debemos entender que realmente se quiso mantener la absoluta propiedad particular de cada uno de los bienes, sin compensación para el caso de ruptura"*, no pudiendo prosperar la pretensión de la recurrente de recibir una compensación porque "*como expresa la STS 1ª de 17-03-2003, el enriquecimiento injusto o sin causa no entra en juego cuando hay un vínculo contractual que delimita las respectivas obligaciones de las partes".*

La opinión mayoritaria de los operadores jurídicos es coincidente a la hora de señalar que la LPH vasca debería haber previsto unos efectos y obligaciones para la extinción de la convivencia. No obstante, la ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en casos de separación o ruptura de los progenitores ha coadyuvado a resolver muchos de los efectos cuando hay descendencia común.

5. Régimen sucesorio

En lo que respecta al régimen sucesorio, el miembro superviviente de la pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, en el Derecho civil vasco, está plenamente equiparado al viudo o viuda. Así lo reconocen tanto la DA 2ª de la LDCV como el artículo 9 LPH. Las consecuencias en el

ámbito sucesorio que conlleva tal equiparación es objeto de pormenorizado análisis en otro apartado de este informe.

No obstante, procede llamar la atención sobre el hecho de que el artículo 9 de la LPH se remite a la LDCFPV, cuando está derogada por la Disposición Derogatoria de la LDCV. Esta referencia deberá ser corregida y remitirse a la LDCV vigente cuando se acometa la revisión de la ley.

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

6. Régimen de derecho público-administrativo

Los derechos y deberes reconocidos a las parejas de hecho inscritas por la LPH principalmente son de naturaleza administrativa, en los que, como señala la propia Exposición de Motivos, se busca poner fin a la discriminación en el ámbito del Derecho Público dentro de las competencias de la CAPV, equiparando a las parejas casadas y a las no casadas en materia fiscal, de función pública, sanitaria, de mediación familiar y de ciertas tramitaciones administrativas, así como laboral y de Seguridad Social dentro del limitado ámbito de las actuales competencias de Euskadi. Lo hace reservándoles el Capítulo IV (arts. 10 a 17 LPH).

Ahora bien, esa equiparación entre las parejas de hecho inscritas y las casadas en las normas legales y reglamentarias (DA 1ª LPH) buscada por la ley vasca, ha sido invocada en el ámbito privado, concretamente, en la jurisdicción social y ha sido abordada, entre otras, en la Sentencia de 10 de enero de 2017, dictada por la Sala de lo Social del TSJPV (Roj. STSJ PV 46/2017), en la que ante un convenio colectivo de empresa –Electrotécnica Arteche Hnos., S.L.-, planteada una reclamación que pretendía hacer extensivos en la empresa una serie de permisos reservados por convenio al matrimonio, también, a las parejas de

hecho, la Sala deniega la petición y resuelve que debe prevalecer lo pactado expresamente en el convenio frente a otro tipo de previsiones "*sin que resulte vulneradora del principio de igualdad de trato ni discriminatoria, atendida la doctrina constitucional (…), la voluntad consensuada de los firmantes del convenio de contemplar una licencia retribuida y una gratificación económica exclusivamente para quienes, perteneciendo a la plantilla de la empresa, contraigan matrimonio".*

Pero no sólo en el ámbito del derecho laboral se han planteado controversias judiciales en torno a diferencias de trato entre las parejas de hecho inscritas y las casadas. También en el ámbito fiscal, se ha llegado a plantear ante los Tribunales si la equiparación fiscal de las parejas de hecho inscritas y las casadas prevista en el artículo 10 LPH resultaba o no discriminatoria al dejar fuera y no poder acogerse a determinados beneficios fiscales aquellas parejas de hecho no inscritas. Esta cuestión ha quedado resuelta por la Sentencia del TSJPV (sala de lo contencioso-administrativo) de 21 de septiembre de 2016 (Roj. STSJ PV 2922/2016) que: "*(…) partiendo de lo dispuesto en el art. 3.1. LPH como en el art. 10 LPH ha de concluirse que la propia LPH exige la necesidad de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la CAPV, que tiene carácter constitutivo, para que la pareja se encuentre en el ámbito de aplicación de dicha ley*" y, analizada la dicción literal de la norma tributaria controvertida junto con la doctrina del TS y del TC recensionada en la resolución sobre la naturaleza jurídica de los beneficios fiscales, concluye que no aprecia que concurra discriminación alguna.

7. Causas de extinción. Carácter constitutivo de la cancelación en el Registro de Parejas de Hecho

La ley vasca sólo alude al carácter constitutivo de la inscripción (artículo 3 LPH), mientras que nada dice del carácter constitutivo de la cancelación tras la ruptura de la pareja. El mismo podría inferirse del deber que impone el artículo 19 LPH a ambos miembros de la pareja, o a uno de ellos en los casos de decisión unilateral de "*instar la cancelación de la inscripción en el correspondiente registro*" añadiendo que "*ninguna de las partes podrá constituir nueva relación de pareja sometida a esta ley sin la previa cancelación anterior".*

En todo caso, la controversia que pudiera suscitar esta cuestión ha quedado definitivamente resuelta por los Tribunales. El carácter constitutivo de la cancelación de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho ha sido

reconocido por el TSJPV (sala contencioso-administrativo) en sentencia de 15 de junio de 2017 (Roj. STSJ PV 2403/2017). El Tribunal en la sentencia comentada recuerda que los miembros de la pareja de hecho no necesitan procedimiento judicial alguno para extinguir su unión, señala que mientras no insten la cancelación en el registro "*no puede considerarse extinguida la pareja de hecho (…) dado que las partes no han encauzado la extinción ante el Registro de Parejas de Hecho. La pareja de hecho se extingue jurídicamente con singular incidencia en relación a terceros con la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho"* y añade que no puede ser invocable la Sentencia judicial dictada en el procedimiento de relaciones paterno-filiales ya que ésta sólo regula las relaciones entre los progenitores y los hijos e hijas menores.

8. Breve referencia al análisis jurisprudencial realizado

El análisis jurisprudencial del período 2015-2018 realizado permite concluir que la LPH se viene aplicando con normalidad por los Tribunales y operadores jurídicos, no habiéndose detectado ninguna disfunción reseñable.

En lo que respecta a la naturaleza de las cuestiones litigiosas suscitadas, llama la atención que la mayoría de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV hayan estado relacionadas con órdenes de expulsión, seguidos de asuntos tributarios, mientras que en el caso de la Sala de lo social del TSJPV todos los casos, salvo uno, han estado centrados en el derecho a la prestación de la pensión de viudedad. En el caso de las Audiencias Provinciales de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba, los recursos interpuestos han tenido por objeto la liquidación de los bienes de la pareja de hecho o solicitudes de compensación económica de un miembro de la pareja frente al otro.

CAPÍTULO II. Análisis de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco

La LDCV entró en vigor el 3 de octubre de 2015, a los tres meses de su publicación en el BOPV de 3.07.2015 tal y como establece su Disposición Final. Desde el punto de la constitucionalidad de la LDCV, es de destacar que frente a ella no se plantearon recursos por parte del Gobierno del Estado, más allá de las discrepancias manifestadas sobre el artículo 117 LDCV en relación con la declaración de herederos *abintestato* en la que, en defecto de las personas llamadas legalmente a la sucesión dice que "*sucederá en todos los bienes la*

Administración General de la CAPV, quien asignará una tercera parte a sí misma, otra tercera parte a la diputación foral correspondiente a la última residencia del difunto y otra tercera parte al municipio donde éste haya tenido su última residencia". Estas discrepancias quedaron solventadas por acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicado por Resolución de 16 de diciembre de 2015, del Viceconsejero de Régimen Jurídico (BOPV nº 15, de 25 de enero de 2016).

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

1. Vecindad civil vasca y vecindad civil local

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

La doctrina científica la ha considerado como la piedra angular de la nueva ley ya que, con la positivización de esta existencia, permite que se haga realidad la aplicación de todas las instituciones civiles propias de nuestro Derecho civil vasco en los tres Territorios Históricos, y lo hace respetando, al mismo tiempo, las particularidades o especificidades de cada uno de ellos según la vecindad civil local en cada caso. Esto es, la LDCV pone a disposición de toda la ciudadanía de los tres Territorios Históricos de la CAPV los instrumentos jurídicos en ella recogidos que hasta ese momento eran diferentes en cada uno de ellos. Y lo hace a través de la creación de una Vecindad Civil Vasca que se reconoce y otorga a todas las personas que en el momento de su entrada en vigor gozaban de vecindad civil en cualquiera de los tres territorios, en aplicación de lo dispuesto en la DT 7ª LDCV.

La propia Exposición de Motivos de la LDCV destaca "*es preciso mantener una vecindad común para todos los vecinos de la Comunidad Autónoma Vasca que es compatible con la vecindad civil local diferente que pueden ostentar para algunas instituciones los vecinos de Ayala, los vizcaínos o los guipuzcoanos (…). Las diferencias no impiden regular la existencia de una vecindad civil común, la vecindad civil vasca, un concepto no regulado en la ley anterior y, sin el cual, es difícil atender a la resolución del conflicto de leyes".*

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

1.1. Regulación de la vecindad civil vasca: Ejercicio de competencia legislativa

La vecindad civil vasca es el punto de conexión fundamental para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional y determinar la ley personal aplicable.

El Parlamento Vasco se ha ajustado al marco de actuación legal constitucional conformado por los arts. 149.1.8 CE y 10.5 EAPV, al establecer tanto el ámbito de aplicación territorial como el personal de la ley vasca mediante el reconocimiento y la positivización de la existencia de una vecindad civil vasca. Lo ha hecho sin alterar ni contravenir la redacción contenida en el Código Civil, ni introducir una regulación diferente que modifique los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho civil común frente al Derecho civil vasco. El propio artículo 10.2 LDCV señala que "*la vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil.*"

La DT 7ª LDCV es la que ha atribuido *ope legis* la vecindad civil vasca a quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la CAPV desde su entrada en vigor. Su interpretación planteó en los primeros meses de vigencia de la ley alguna disparidad de criterios por parte de los Registros Civiles de la CAPV. Así, algunos registros civiles (se cita en concreto el Registro Civil de Donostia-San Sebastián) interpretaron dicha disposición en el sentido de considerar que todas las personas con nacionalidad española que estuvieran

empadronadas en la CAPV a fecha de entrada en vigor de la LDCV la adquirían automáticamente y por disposición de la citada ley (y, en concreto, en aplicación de la disposición transitoria séptima de la misma), y sin que resultaran aplicables las reglas para la adquisición de la vecindad civil previstas en el artículo 14.5 CC. Por el contrario, la interpretación mayoritaria seguida por otros registros civiles (opinión a la que se suma la Dirección de Política Familiar y Diversidad) consideraron que no se debía asimilar el hecho de tener la residencia en la CAPV (acreditada mediante el empadronamiento) con el hecho de ostentar la vecindad civil en cualquiera de los Territorios Históricos, siendo ésta última la interpretación consolidada.

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

Como apunta en su aportación la Dirección de Política Familiar y Diversidad, la afirmación de que los extranjeros carecen de vecindad civil tiene su fundamento en el artículo 15.1 CC, a la vista del cual *«El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes: a) La correspondiente al lugar de residencia. b) La del lugar del nacimiento. c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes. d) La del cónyuge»*. Siendo esto así, de la arriba citada disposición se desprende, con total claridad, la obligación de toda persona que adquiera la nacionalidad española de optar, en el momento de adquirir la nacionalidad española, por una vecindad civil. Y, al mismo tiempo, de ello se infiere que si se exige a la persona extranjera, al adquirir la nacionalidad española, que opte por alguna vecindad civil, es porque sin la condición de español no la pudo haber tenido previamente; esto es, no hay vecindad civil sin nacionalidad española.

Se ha advertido también en las aportaciones recibidas desde los vocales de la Comisión que junto a la vecindad civil debe tenerse en cuenta la incidencia de varios reglamentos europeos para determinar la Ley aplicable. Así, por ejemplo, el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. O el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación

reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOCE L183 de 8 de julio de 2016), y el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOCE L183 de 8 de julio de 2016).

En todo caso, lo que resulta importante remarcar es que ningún Tribunal ha planteado, durante el período evaluado en este informe, una cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

No obstante, la SAP de Álava de 20 de julio de 2018 (Roj. SAP VI 583/2018) sí ha conocido de un recurso de apelación en el que la parte recurrente formulaba dudas doctrinales sobre la constitucionalidad de la DT 7ª LDCV que desestimó arguyendo "*(…) no consta que esa cuestión fuera objeto del correspondiente recurso de inconstitucionalidad, por lo que desde su vigencia la norma adquiere plena eficacia. La publicación de la ley 5/2015, de Derecho civil vasco, sólo propició un recurso de inconstitucionalidad en relación con el art. 117, donde se regula la sucesión de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que quedó solventada por el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicado en el BOE de 25 de enero de 2016. Por todo ello no constando la interposición del correspondiente recurso o cuestión de inconstitucionalidad, conforme los arts. 33 o 35 LOTC, el motivo del recurso carece de relevancia en orden a la eficacia de la referida ley en relación con lo resuelto en el proceso.*"

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

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

1.2. Praxis y eficacia social de la vecindad civil vasca

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

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

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

3. Inscripción de las parejas de hecho. Como se ha señalado anteriormente la LDCV, a través de su Disposición Adicional Segunda, ha modificado el artículo 2 LPH introduciendo el requisito de la vecindad civil vasca de uno de los integrantes para poder registrarse como pareja de hecho en el Registro de Parejas del Gobierno Vasco.

4. Adquisición y anotación de la vecindad civil vasca y de la vecindad civil local en el Registro Civil.

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

Sí se han recibido algunas contestaciones de vocales de la Comisión que, desde su siempre limitada posición en un cargo o trabajo concreto (y aunque sea a título particular), han podido advertir incrementos en el número de solicitudes de información sobre los procedimientos para conservar la vecindad civil vasca o para adquirirla rápidamente en los casos de cambio de residencia, o de personas que han expresado su deseo de querer adquirir la vecindad vasca antes de que transcurran los 10 años del art. 14.5.2 CC. Lo cual, si bien por sí solo no deja de tener un valor simplemente anecdótico o de caso, sin que pueda ser generalizado sin más, podría apuntar a un buen recibimiento de este nuevo concepto de la vecindad civil por la población afectada.

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

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

5. Mayor libertad civil. La vecindad civil vasca ha generalizado la facultad de poder ordenar la sucesión con mayor libertad para organizar y distribuir el

patrimonio y disponer de nuevos instrumentos jurídicos que facilitan esa toma de decisión, tal y como se expondrá a continuación.

2. Evolución del Derecho de Sucesiones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

2.1. Introducción

Las cuestiones sucesorias han constituido tradicionalmente hasta ahora el núcleo o bloque central del contenido del Derecho civil vasco, lo cual tiene su reflejo en el contenido de la LDCV.

Teniendo en cuenta el período de evaluación del presente informe (2015-2018), cabe preguntarse por las líneas generales de este Derecho civil vasco en materia de sucesiones en el cambiante panorama del Derecho civil tanto común como europeo durante estos años. En este contexto parece que lo más razonable es pensar en las líneas maestras de evolución del Derecho civil vasco de menos a más, en el horizonte del período al que se constriñe este informe y todo ello con las cautelas correspondientes.

La primera de estas líneas pasa por la consolidación durante estos años del modelo de aplicación del ámbito personal (Derecho civil aplicable a todos los que tengan la vecindad civil vasca) y territorial (Derecho civil aplicable en todo el territorio de la CAPV) en materia de sucesiones. En esta primera línea ha sido fundamental la difusión de la norma tanto a nivel profesional como social y la realización de trabajos de investigación y aplicación práctica que han servido para asentar el modelo y perfeccionarlo constantemente, creando así un cuerpo de doctrina, jurisprudencia y praxis que resulta familiar tanto para juristas como para los destinatarios sociales de la norma, que han de ser conscientes de su utilidad social. Las estadísticas parecen indicar que se va por el buen camino, aunque aún falta un camino por recorrer.

El punto de partida ha sido la *vecindad civil vasca,* concepto no regulado en la legislación territorial antes vigente y cuya principal consecuencia es la de predicarse de todos los vascos y vascas y en todo el territorio de la CAPV, anudando en lo que aquí interesa, a esa vecindad civil vasca un régimen de Derecho sucesorio vasco aplicable con carácter general a todos los vascos, que se caracteriza por un doble eje de aplicación, el general, para todo el territorio de la Comunidad Autónoma Vasca y el particular, propio de cada Territorio Histórico, que será objeto de análisis en este informe.

2.2. Principios básicos del Derecho sucesorio vasco

Centrados, por tanto, los esfuerzos expositivos en lo que es el régimen general de la regulación del fenómeno sucesorio dentro del Derecho civil vasco, la primera descripción a efectuar del mismo dentro de la LDCV, comprende la regulación general del fenómeno sucesorio en los arts. 17 a 60, ambos inclusive, (sucesión en general, sucesión testada y limitaciones a la libertad de testar), 100 a 109, ambos inclusive, (pactos sucesorios), 110 a 117, ambos inclusive, (sucesión legal o intestada) y 118 a 124, ambos inclusive, (disposiciones comunes a las distintas formas de suceder).

Es necesario, en todo caso, efectuar una breve reflexión previa sobre el carácter de este ordenamiento jurídico civil vasco que la LDCV considera a través de sus propias fuentes (arts. 1-4 LDCV) y sus principios inspiradores (arts. 5-7 LDCV), los cuales tienen su trascendencia a la hora de configurar el marco sucesorio vasco.

Dicho sistema jurídico se caracteriza en materia sucesoria por unos principios de Derecho sucesorio, las instituciones cauce de la sucesión, las instituciones límite de la libre disposición del causante y los títulos sucesorios. Los fundamentos, sin embargo, han de ser completados con una perspectiva dinámica del fenómeno sucesorio que recorra todo el *tempus* que va desde la designación de sucesor, hasta la partición hereditaria y conclusión del *iter* sucesorio.

Esta aproximación clásica al fenómeno sucesorio puede servir como metodología apta para su aplicación al ámbito del Derecho sucesorio vasco que se configura *ex novo* dentro de la LDCV, ya que, como manifiesta el propio legislador vasco, se trata de una regulación que, entroncando con mecanismos sucesorios comunes en muchos casos en su aplicación, suponen un estatuto novedoso para la ciudadanía vasca, sujeta hasta ahora a diferentes regulaciones civiles sucesorias.

Ante ello, cabe distinguir las cuestiones relativas a la enumeración de los principios de este nuevo sistema sucesorio vasco, sus títulos sucesorios, su utilización en la vida práctica, y las líneas y retos de futuro, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Ese será, precisamente, el esquema que se seguirá en esta exposición.

2.2.1. Los principios sucesorios en general

Dentro de este enfoque sistemático, lo que interesa ahora es contrastar los principios sucesorios de carácter general que se predican de un determinado ordenamiento jurídico, con las instituciones concretas del mismo, sobre todo cuando, como ocurre en el caso del Derecho sucesorio vasco, y ya se ha expuesto, este resulta de nuevo cuño en su aplicación en toda la CAPV.

1. El primer principio se traduce en el axioma de que *la voluntad del causante es la ley de la sucesión,* principio que aparece en el caso del Derecho civil vasco, en el artículo 18 LDCV.

2. El segundo principio se traduce en *la necesidad del heredero o liquidador en toda la sucesión.* Manifestación de esta realidad es, entre otras, por ejemplo, la posibilidad establecida en el artículo 48.1 LDCV de atribución de la legítima a título de *herencia, legado, donación o de otro modo.*

3. En tercer lugar, la *universalidad del heredero, o de los herederos concurrentes,* sean estos llamados testamentariamente, por pacto sucesorio o por las reglas de la sucesión intestada, incluso concurriendo unos y otros, tal y como resulta del artículo 20 LDCV.

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

2.2.2. Los principios sucesorios del Derecho civil vasco en particular: Engarce y modulación de la tradición histórica

Una segunda caracterización, ya más concreta, de los principios del Derecho sucesorio vasco lleva a los trazos o características fundamentales de este Derecho sucesorio vasco, que son:

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

Entre las manifestaciones de esa libertad civil está la libertad sucesoria que tiene su encaje como elemento fundamental a la hora de mantener la unidad

de la explotación familiar o profesional a la que luego se hará referencia y que además supone la consolidación de un ámbito específico de actuación por parte del causante en instituciones tales como el testamento por comisario, con sus manifestaciones en los arts. 33, 35, 41, 43, 45 y 46 LDCV, la libertad de elección de heredero, la legítima y el apartamiento en los arts. 48 y 57 LDCV, en el pacto sucesorio en el artículo 100 LDCV, así como en las disposiciones comunes a las distintas formas de suceder, artículo 122 LDCV.

2. *Principio formalista en la expresión de la voluntad sucesoria,* mediante la exigencia de la forma pública como requisito de validez del acto contenido en la misma v. gr. artículo 24 LDCV testamento mancomunado, artículo 31 LDCV sucesión por comisario, artículo 100 pactos sucesorios.

3. *Principios de mancomunidad y de la delegabilidad* recogidos expresamente el primero en el artículo 24 LDCV para el testamento mancomunado como forma de disposición sucesoria realizable por dos personas en un solo instrumento para después de su muerte, de todo o parte de sus bienes y el segundo, en el artículo 30 LDCV cuando el testador encomienda a uno o varios comisarios el ejercicio de las facultades que le corresponden en orden a la transmisión sucesoria de los bienes.

4. *Principio de la responsabilidad hereditaria limitada* recogido en el artículo 21.2 LDCV en el que la responsabilidad del heredero es *intra vires* y además *pro viribus*, es decir, hasta el límite del valor de los bienes heredados en el momento de la delación, junto con el beneficio de separación de acreedores hereditarios y de los legatarios sobre los bienes de la herencia en el plazo de seis meses, a contar desde la fecha del fallecimiento del causante.

5. *Principio de legítima colectiva y elección de heredero* que se manifiesta básicamente en la libertad de elección de heredero a través del apartamiento de los demás legitimarios no llamados a ella *ex* artículo 48 LDCV con apartamiento tácito o expreso y con equiparación de la preterición, sea o no intencional al apartamiento.

6. *Principio electivo en las reservas y reversiones* recogido en el artículo 122 LDCV en cuanto a la posibilidad del reservista de designar sucesor entre los reservatarios en los términos establecidos para la sucesión testada o pacto sucesorio, sin posibilidad de imponer sustituciones o gravámenes sino a favor de ellos. Del mismo modo, la posibilidad de eludir la aplicación de la reversión de los bienes donados *ex* artículo 123 LDCV.

7. *Principio de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima* recogido en el artículo 51 LDCV como límite o freno a las disposiciones del causante que puedan perjudicar a todos los legitimarios.

8. *Principio de la legítima viudal o del miembro superviviente de la pareja de hecho* reconocido expresamente en los arts. 52, 53 y 54 LDCV que configuran todo un estatus para el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, cuya protección con carácter expreso es uno de los objetivos fundamentales de esta ley como expresión de su adaptación a las exigencias y formas de convivencia de la sociedad actual, principio que aparece complementado con la creación *ex novo* de un derecho de habitación a favor del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho en el artículo 54 LDCV.

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

10. *Principio del mantenimiento de la unidad de la explotación familiar o profesional,* principio que es la base de todo el Derecho civil vasco configurado a través de la libertad civil del causante para poder mantener la unidad de la explotación y su transmisión generacional de forma que dicho patrimonio familiar o profesional pueda ser útil a las necesidades a las que sirva, tal y como resulta del artículo 20 LDCV. Todo ello en conexión con el principio de troncalidad, de aplicación territorial limitada.

2.2.3. Los principios sucesorios bajo el prisma de lo actual: perspectiva social

La propia LDCV ha llevado consigo la posibilidad de formular una serie de principios que hoy son de una exigibilidad social importante, tales como los principios de igualdad de sexo, igualdad de parejas de hecho y matrimonio o uniones de hecho entre personas del mismo o diferente sexo, los cuales se concretan en:

1. *La igualdad de sexos y la equiparación a efectos sucesorios del matrimonio y las parejas de hecho,* si bien limitada por la DA 2ª LDCV a aquellas parejas de hecho que se hallen inscritas en el Registro establecido en el artículo 4 LPH.

2. *El tránsito de la transmisión del caserío a la pequeña y mediana empresa,* utilizando los mecanismos relativos a la libertad de testar y a los pactos sucesorios que aparecen desligados de su causa matrimonial y mucho más próximos a los modernos protocolos familiares, tal y como resulta de su regulación en la propia LDCV, se está consolidando en el País Vasco, con una fuerte estructura económica de pequeña y mediana empresa familiar.

3. *El mantenimiento de la intervención notarial,* es otra de las características que puede señalarse dentro de la LDCV, quizás no tanto como principio fundamental sino como requisito de carácter formal que aparece una y otra vez a la hora de configurar los títulos sucesorios y las capitulaciones matrimoniales, así como los actos de disposición contenidos en múltiples disposiciones de la LDCV y señaladamente para la sucesión por testamento de hermandad o por comisario, enlazando así con el principio formalista en la expresión de la voluntad sucesoria ya enumerado.

2.3. Los títulos sucesorios con especial referencia al testamento

2.3.1. Los títulos sucesorios

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

La simultaneidad en el tiempo para la entrada en vigor de la LDCV y de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) ha traído como consecuencia la modificación de la legislación notarial y dentro de la misma, de lo relativo a los expedientes y actas especiales que hoy regulan los arts. 55 y 56 LDCV en lo que se refiere a la declaración de herederos *abintestato*, ya de competencia notarial, con lo cual el orden de suceder previsto en la LDCV para la sucesión *abintestato* o legal queda configurado hoy en día a través del llamamiento a los hijos o descendientes, el cónyuge viudo o

miembro superviviente de la pareja de hecho, los parientes colaterales y el Gobierno Vasco, siempre que haya tenido lugar la apertura de la sucesión *abintestato* a falta de testamento o pacto sucesorio, tal y como recalca el artículo 110 LDCV.

2.3.2. Testamentifacción en la LDCV

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

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

Una vez fijada la aplicación territorial de esas formas de testar establecidas en el CC, se impone una precisión en el sentido de que esas formas de testar han de tener en cuanto a su contenido un sustrato de carácter personal que viene motivado por la ley aplicable a la sucesión y que determinará que dichas formas de testar del CC puedan ser utilizadas por quienes hoy en base a los arts. 8 a 11 LDCV se hallan sujetos a la vecindad civil vasca, del mismo modo que quienes sujetos *v.gr.* a la vecindad civil común y residentes en la CAPV pueden seguir utilizándolos.

Un breve inciso debe hacerse para reconocer la virtualidad del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un Certificado Sucesorio Europeo, ya que los arts. 21 y 22 de dicho texto consagran la posibilidad de la elección por parte del testador de la ley de uno de los estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

La LDCV sigue siendo, en gran parte, una ley que promueve la realización de testamentos, como corresponde a una sociedad avanzada y consciente de su propia naturaleza. Las cifras así lo demuestran:

Grupo 02 - Testamentos y disposiciones de última voluntad
Testamentos unipersonales abiertos

	ESTATAL		BIZKAIA		GIPUZKOA		ARABA	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008		-3,24%	16.427	+1,15%	9.994	+1,85%	4.433	+4,33%
2009		-0,80%	15.965	-2,81%	9.795	-1,99%	4.521	+1,99%
2010		+1,72%	16.288	+2,02%	10.490	+7,10%	4.595	+1,64%
2011	561765	+0,57%	16.825	+3,30%	10.344	-1,39%	4.561	-0,74%
2012	572461	+1,90%	16.370	-2,70%	10.216	-1,24%	4.357	-4,47%
2013	583639	+1,95%	16.111	-1,58%	10.213	-0,03%	4.603	+5,65%
2014	597985	+2,46%	16.342	+1,43%	10.526	+3,06%	4.428	-3,80%
2015	614839	+2,82%	15.936	-2,48%	11.071	+5,18%	4.499	+1,60%
2016	615822	+0,16%	18.154	+13,92%	13.149	+18,77%	5.023	+11,65%
2017	640381	+3,96%	19.399	+6,86%	13.186	+0,28%	5.400	+7,51%
2018	634872		18571		12752		5120	

A partir de la entrada en vigor de la LDCV (3.10.2015) se pueden observar efectivamente el aumento de testamentos notariales abiertos. Alguna de las respuestas recibidas por parte de algún vocal al cuestionario remitido sugiere que esto podría deberse al cambio de la cuantía de la legítima, así como a la posibilidad del apartamiento.

Este aumento es consistente en los tres territorios históricos (un aumento de un 13,77 % anual en Bizkaia en 2015, del 18,77 % en Gipuzkoa y del 11,65% en Araba) y aunque, en principio, parece más pronunciado en Gipuzkoa, parece también más sostenido en los otros dos territorios que en este último (ya que en Bizkaia y Araba el número de testamentos abiertos sigue creciendo en 2017, mientras que parece estancarse en Gipuzkoa).

A) Testamento *Hilburuko*

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

Un examen de las circunstancias que exige el testamento *hilburuko* para su utilización en la CAPV revela su escasa aplicabilidad territorial independientemente de la vecindad civil de quien lo realice, ya que está sujeto a la ley aplicable al fondo de su sucesión, especialmente en lo que respecta al sistema legitimario del testador.

La LDCV ha sufrido desde la perspectiva de la adveración y protocolización notarial, los efectos de la LJV, ya que los mecanismos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos han sido modificados, y trasladada la competencia funcional para entender de ellos al Notariado en la Disposición Final Undécima LJV que introduce un nuevo Título VII en cuyo Capítulo III, Secciones 2ª, 3ª y 4ª se regulan respectivamente la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados (arts. 57 a 60 LN), la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 a 63 LN) y la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral (arts. 64 y 65 LN).

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

Grupo 02 - Testamentos y disposiciones de última voluntad
Testamento cerrado y protocolización de testamento ológrafo o parroquial

	ESTATAL		**BIZKAIA**		**GIPUZKOA**		**ARABA**	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008	503	-19,00%	4		0		1	
2009	360	-28,43%	8	+100	6	+600	1	+0,00
2010	378	+5,00%	7	-12,50	7	+16,67	2	+100,00
2011	313	-17,20%	6	-14,29	5	-28,57	0	-100,00
2012	348	+11,18%	6	0,00	10	+100	2	+200,00
2013	261	-25,00%	8	+33,33	3	-70	3	+50,00
2014	267	+2,30%	6	-25,00	2	-33,33	1	-66,67
2015	349	+30,71%	3	-50,00	8	+300	1	+0,00
2016	401	+14,90%	9	+200	9	+12,5	4	+300,00
2017	388	-3,24%	10	+11,11	10	+11,11	4	+0,00
2018	369							

B) Modo de ordenar la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad

Dentro de la LDCV, el encabezado de la Sección tercera del Capítulo I, *De la sucesión testada,* se titula *De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad.* La mención efectuada no es baladí, ya que excede de lo puramente formal y se integra en el fondo de la sucesión, afectando a elementos fundamentales de la sucesión, tales como la propia apertura de la sucesión, la delación hereditaria y/o la revocación o modificación del contenido de la sucesión patrimonial recogidas en dichos testamentos.

En el caso del testamento mancomunado este se señala expresamente para quienes, teniendo vecindad civil vasca, quieran hacer testamento mancomunado, aún fuera de la CAPV. Es este un tema que en buena lógica y una vez establecida la vecindad civil vasca como punto de conexión de la LDCV, supone la posibilidad de utilizar este modo de sucesión, incluso fuera de la propia CAPV.

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

Su evolución estadística indica una tendencia creciente a partir de 2015 en Araba y, especialmente en Gipuzkoa, y en Bizkaia a partir de 2016, pero lejos de la realidad del testamento abierto ordinario. Nada que ver con Navarra o Aragón, donde su aplicación es muy frecuente, ya que parte de una historia y de una práctica habitual que no ha conocido las censuras e interrupciones que esta figura ha tenido en el Derecho civil vasco.

GRUPO 02 –Testamentos y disposiciones de última voluntad **Testamentos mancomunados o de hermandad abiertos**				
	ESTATAL	**BIZKAIA**	**GIPUZKOA**	**ARABA**

	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008	7.929	-4,44%	29		0		3	
2009	7.884	-0,57%	32	+10,34	9	+900,00	0	-100,00
2010	8.220	+4,26%	34	+6,25	29	+222,22	3	+300,00
2011	7.835	-4,68%	28	-17,65	10	-65,52	2	-33,33
2012	7.763	-0,92%	41	+46,43	9	-10,00	5	+150,00
2013	8.187	+5,46%	44	+7,32	4	-55,56	3	-40,00
2014	8.493	+3,74%	43	-2,27	5	+25,00	2	-33,33
2015	7.898	-7,01%	42	-2,33	24	+380,00	10	+400,00
2016	7.916	+0,23%	51	+21,43	111	+362,50	24	+140,00
2017	8.536	+7,83%	66	+29,41	139	+25,23	14	-41,67
2018	8055							

C) Modo de ordenar la sucesión por comisario

Del mismo modo, el de la Sección cuarta se titula *De la sucesión por comisario.* Existe aquí un acercamiento basado en el desarrollo del principio de *delegabilidad.* Ni que decir tiene que su aplicación es personal, esto es, es posible su utilización por parte de quienes posean vecindad civil vasca.

En cuanto a la delegabilidad, hay que destacar que el *nomen iuris* utilizado por el legislador en relación a la forma que históricamente ha adoptado esta delegabilidad en el Derecho civil vasco, sea el de *Sucesión por comisario,* lo que supone un engarce con la tradición tanto escrita como oral utilizada en el País Vasco y no empece en absoluto que el contenido de esta sucesión por comisario sea un instrumento adecuado para ordenar la sucesión.

Por tanto, es esa sucesión por comisario basada en que el comisario cuando realiza el testamento o el pacto sucesorio del comitente no sólo está representando a este, sino ejercitando la voluntad de aquel que en base a esa relación de confianza, otorgó dicha confianza por escrito a través de un encargo o comisión y lo hizo además de una forma más o menos amplia en función de su voluntad y, sobre todo, de su libertad civil y del principio de delegabilidad, dándose una concurrencia de ambos principios que tiene por objeto el que ese patrimonio sucesorio, entendido no tanto desde la

perspectiva de los derechos individuales, sino desde la perspectiva familiar de transmisión del mismo pueda ser objeto de una adecuada disposición en todo o en parte, y de forma dinámica en función de las necesidades de la familia.

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

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

b) Sin embargo, una adecuada conexión de este artículo 43.3 con el artículo 21 LDCV y el beneficio de separación que allí se establece para los acreedores y legatarios de la herencia, impone igualmente la aplicación específica de dicha separación de bienes en el caso de actuación del comisario, concretándose así el principio de responsabilidad limitada de los llamados a la herencia que formula la LDCV en su artículo 21 ya mencionado.

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

Aunque no se dispone aún de estadísticas fiables, existe un pequeño muestreo realizado por el graduado en Derecho y premio Adrián Celaya para jóvenes juristas, Aitor Vitoria Rekalde, da estos resultados para los tres primeros años de aplicación de la LDCV. Está ya en marcha la obtención de los datos de forma sistemática para los años sucesivos a través del Índice Único Informatizado del Notariado.

Territorio Histórico	Zona/Comarca	Porcentaje medio de Testamentos con Poder Testatorio (*)
Bizkaia	Bilbao	70%
	Busturialdea	70%
	Duranguesado	75%

	Lea Artibai	80%
	Uribe	75%
Araba	Laguardia	35%
	Llodio	70%
	Salvatierra	0%
	Vitoria	5%
Gipuzkoa	Alto Urola	0%
	Bidasoa	20%
	Donostialdea	10%
	Goierri	1%
	Urola-Costa	1%
	Tolosaldea	15%

(*) Aproximación obtenida del muestreo realizado a un mínimo de un Notario por Zona

2.3.3. Pactos sucesorios

Los pactos sucesorios son un título sucesorio cuya utilización *in crescendo* en estos últimos tres años, dentro de la CAPV, es un fenómeno notorio, gracias a su adaptación y flexibilidad a la hora de enfocar el fenómeno sucesorio. Sólo se dispone por ahora de estadísticas parciales y, por tanto, son las que muestran el vigor con que ha renacido esta institución en estos primeros años de aplicación de la LDCV.

Grupo 02 - Testamentos y disposiciones de última voluntad **Contratos sucesorios sin transmisión de bienes**				
	ESTATAL	**BIZKAIA**	**GIPUZKOA**	**ARABA**

	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008	886	+96,45%	1		0		0	
2009	342	-61,40%	1	0,00	1	100,00	0	0,00
2010	452	+32,16%	1	0,00	0	-100,00	0	0,00
2011	572	+26,55%	2	100,00	0	0,00	0	0,00
2012	693	+21,15%	6	200,00	0	0,00	0	0,00
2013	743	+7,22%	4	-50,00	0	0,00	0	0,00
2014	830	+11,71%	2	-33,33	0	0,00	0	0,00
2015	900	+8,43%	8	300,00	9	900,00	1	100,00
2016	1073	+19,22%	10	25,00	38	322,22	6	500,00
2017	1243	´15,84%	45	350,00	43	13,16	14	133,33
2018	1330							

Grupo 02 - Testamentos y disposiciones de última voluntad

Contratos sucesorios con transmisión de bienes presentes

	ESTATAL		**BIZKAIA**		**GIPUZKOA**		**ARABA**	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2008	4.543	+8,04%	3		0		2	
2009	6.657	+46,53%	19	533,33	1	100,00	1	-50,00
2010	7.099	+6,46%	24	26,32	0	-100,00	0	-100,00
2011	7.188	+1,25%	47	95,83	0	0,00	0	0,00
2012	6.747	-6,14%	56	19,15	0	0,00	1	100,00
2013	6.647	-1,48%	46	-17,86	1	100,00	0	-100,00
2014	7.115	+7,04%	35	-23,91	0	-100,00	0	0,00
2015	7.709	+8,35%	43	22,86	0	0,00	5	500,00
2016	16.282	+111,21%	55	27,91	46	4600,00	47	840,00
2017	17.997	+15,84%	166	201,82	90	95,65	70	48,94
2018	21.574							

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

La planificación sucesoria es un tema clave para las empresas familiares, a efectos de garantizar la continuidad de las mismas, tanto evitando la fragmentación de la empresa, como favoreciendo la continuidad de la misma en el seno familiar y los pactos sucesorios pueden ser una institución de gran utilidad a tal fin. Ahora bien, el empleo de esta institución, no sólo dependerá de su utilidad, sino también del tratamiento fiscal que reciba.

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

2.3.4. Declaración de herederos *abintestato*

Frustrada la sucesión por vía testamentaria o pacto sucesorio, el tercer título que recoge la LDCV es precisamente el título de la ley que hoy, tras la entrada en vigor de la LJV a la que ya se ha hecho referencia, está constituida por la Declaración notarial de herederos *abintestato,* con la excepción de la sucesión intestada a favor de la Administración General de la CAPV. Un examen de las cifras relativas a la Declaración de Herederos *abintestato* arroja el siguiente resultado:

Grupo 16 –Actas 1630 –**declaración de notoriedad para herederos *abintestato***				
	ESTATAL		**EUSKADI**	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2007	15855		433	

2008	42686		1252	
2009	47670		1508	
2010	53092		1748	
2011	55313		1984	
2012	59170		1805	
2013	63581		1913	
2014	65980		2020	
2015	73567		2256	
2016	79828		2740	
2017	83841		2895	
2018	86951		2898	

2.3.5. Títulos sucesorios

Una comparación entre los títulos sucesorios de estos últimos años, necesariamente incompleta al no disponer de datos totales sobre el pacto sucesorio, lleva a las siguientes cifras:

Año	Testamentos	%	Pactos sucesorios	%	Actas de declaración de herederos	%
2015	15.936	85,87%	66	0,36%	2.556	13,77%
2016	18.154	85,05%	202	1,11%	2.740	12,84%
2017	19.399	85,37%	428	1,88%	2895	12,75%

Las conclusiones son por tanto evidentes. Hoy por hoy, la sucesión en el País Vasco es una sucesión básicamente testada, con poca incidencia todavía de los pactos sucesorios y un carácter subsidiario de la sucesión intestada.

2.3.6. Renuncias a la herencia

Uno de los supuestos que más auge ha tenido durante estos primeros años de aplicación de la LDCV, ha sido precisamente el de los supuestos de renuncia a la herencia, en muchos casos motivada por la fuerte crisis económica y la

existencia de deudas dentro del caudal hereditario, así como la responsabilidad patrimonial universal de quién acepta la herencia pura y simplemente de acuerdo con lo establecido en el CC. Aunque parezca contradictorio, el nuevo régimen de responsabilidad patrimonial establecido por la LDCV en su artículo 21.2, limitado al valor de los bienes heredados en el momento de la delación, no ha traído consigo una disminución de las cifras de renuncias a la sucesión en el ámbito de la CAPV, sin que además se disponga de datos relativos a la incidencia de los pactos sucesorios de renuncia admitidos dentro de la LDCV.

Más en concreto, las estadísticas reflejan esta situación:

Grupo 11 - Herencias
1104 - **Renuncia pura y simple de herencia o legítima incluida la futura**

	ESTATAL		**EUSKADI**	
	Totales	Variación anual	Totales	Variación anual
2007	11.047		764	
2008	13.126		913	
2009	14.603		836	
2010	16.342		889	
2011	18.933		1.103	
2012	23.235		1.142	
2013	28.783		1.317	
2014	34.340		1.548	
2015	37.623		1.773	
2016	38.826		1.743	
2017	43.001		1.824	
2018	46.684			

2.3.7. La conflictividad jurisdiccional en materia de sucesiones.

Dos son las fuentes importantes para conocer la situación de estos últimos tres años en materia de conflictividad en el ámbito del Derecho de sucesiones, regulado por la LDCV: a) Las resoluciones de la DGRN que en número de cinco se han dictado en temas de trascendencia sucesoria básicamente integrados en torno al conflicto de leyes tanto de carácter transitorio como de aplicación personal, el poder testatorio y la legítima en el Derecho civil vasco (RDGRN de 6/10/2016; 12/06/2017; 12/07/2017; 5/07/2018; 20/12/2018) y b) Las sentencias de las Audiencias Provinciales de los Territorios de la CAPV y las sentencias del TSJPV relativas al Derecho civil vasco que constituyen el cuerpo jurisprudencial más reciente en la aplicación de la LDCV.

A pesar de su número limitado, tanto en el caso de las resoluciones en materia gubernativa por la DGRN como las sentencias del TSJPV y de las Audiencias Provinciales en materia de Derecho de sucesiones, es evidente que se observa, en el período analizado, una mayor presencia en la aplicación de la LDCV y, por lo tanto, una mayor vitalidad en la aplicación de la sociedad vasca del Derecho de sucesiones recogido en la LDCV.

2.4. Las líneas de aplicación práctica de la LDCV (2015-2018)

La cuestión fundamental radica en intentar describir las diferentes situaciones que con mayor frecuencia se han dado en la sociedad vasca en los tres primeros años de vigencia y cohonestarlas en torno a la LDCV. Cabe así distinguir diferentes situaciones que a su vez han llevado a la utilización de distintas estrategias sucesorias a la hora de planificar la sucesión del patrimonio familiar y atender a lo establecido tanto por la legislación civil como por la legislación fiscal de cada Territorio Histórico de la CAPV, tal y como señala la DA 3ª de la LDCV.

Una descripción de las diferentes situaciones y su posible evolución pasa por su enumeración, adaptándolos a la práctica notarial en el País Vasco.

1. Matrimonio o pareja de hecho con hijos comunes y relación estable

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

La desaparición del tercio destinado a mejora y la ampliación de la parte de libre disposición ha traído consigo, como es evidente, la posibilidad de atribuir las dos terceras partes de la herencia al sobreviviente, quedando la legítima colectiva de un tercio de libre reparto entre los hijos.

Dentro de este esquema, se ha dado en los territorios donde tiene mayor arraigo la sucesión por comisario que éste sea un instrumento adecuado para favorecer el estatus del miembro superviviente y una solución en aquellos territorios en los que no goza de tanto arraigo para su incorporación progresiva al albur de una mayor familiaridad por parte de los operadores jurídicos.

También aquí se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de ordenar la sucesión por testamento mancomunado, que carece del arraigo que tiene en otros territorios como Navarra y Aragón, tal y como se ha reseñado en el apartado anterior, pero que puede ser un elemento a tener en cuenta si no con carácter masivo, sí en determinados casos en los que la situación familiar lleve a recomendar su utilización.

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

2. Matrimonio o pareja de hecho sin hijos y relación estable

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

3. Concurrencia de cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho con hijos

El tránsito más importante que ha supuesto la LDCV en esta situación es la facultad de elección que corresponde al sobreviviente al transformarse el sistema de legítima del Derecho civil común aplicable en la CAPV por un

sistema de libertad de elección y apartamiento, que además puede resultar reforzado teniendo en cuenta el patrimonio en su conjunto por la existencia de un poder testatorio.

4. Cónyuges divorciados o separados con hijos o hijas menores de edad

En esta situación, que se produce con cierta frecuencia en los despachos de los operadores jurídicos, lo habitual ha sido introducir una cláusula de carácter *antiprogenitor* para evitar que los bienes dejados en herencia, donación o pacto sucesorio, a los hijos o hijas comunes menores de edad, puedan ser objeto de sucesión por el padre o madre con respecto al cual el testador se halla separado o divorciado.

Hoy, sin embargo, con la LDCV, la cláusula *antiprogenitor* suele ser completada ante la supresión de los derechos legitimarios de los ascendientes, con una sustitución pupilar que permita marcar el rumbo de la sucesión a favor de otras personas en su integridad.

5. Personas viudas o solteras sin hijos

La situación no cambia puesto que, en ambos supuestos, es decir, tanto con arreglo a la legislación anterior como con arreglo a la LDCV se mantiene la libertad de disposición por parte del causante a favor de los herederos que decida elegir, salvo las limitaciones que puedan provenir de las reservas, de las reversiones o, en su caso, de la troncalidad aplicable en el territorio aforado de Bizkaia, Llodio y Aramaio.

6. Bienes troncales

Un breve inciso para recalcar, puesto que será objeto de estudio en otras instancias, la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de los bienes sujetos a la troncalidad en el Territorio Histórico de Bizkaia, Llodio y Aramaio con las excepciones ya reconocidas legalmente de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, intangibilidad que aparece recogida tanto en los arts. 60 y 61 de la derogada LDCFPV como en los arts. 56 y 57 LDCV, si bien las consecuencias que se anudan a la ruptura de dicha intangibilidad son distintas en la LDCFV, ya que suponen la nulidad de los actos que la vulneren (artículo 24 LDCFV), mientras que hoy la sanción civil es la anulabilidad (artículo 69 LDCV) con plazo de caducidad de cuatro años. La situación del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se suele reforzar mediante el

usufructo universal de los bienes, incluso los troncales y la concesión al cónyuge viudo sobreviviente o miembro de la pareja de hecho de una fiducia sucesoria sobre los bienes troncales.

3. La institución de la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio

La troncalidad ha sido históricamente una de las instituciones jurídicas privadas más características y arraigadas en el Territorio Histórico de Bizkaia, y también en los términos municipales de Aramaio y Llodio donde tradicionalmente ha venido siendo aplicada, para proteger un patrimonio familiar que se considera colectivo y solidario, garantizando su conservación y mantenimiento unido dentro de la familia troncal.

Y si bien la evolución de la actual sociedad, de la familia y del patrimonio que le da sustento, parece poco favorable a instituciones de esta naturaleza, el legislador vasco ha considerado aconsejable mantenerla por su profundo arraigo, aunque, en cierto sentido, suavizando su aplicación y efectos para adaptarla a las exigencias de la vida actual.

Con ese compromiso actualizador, el legislador vasco redacta el Título Segundo de la LDCV, dedicado a las sucesiones, en cuyo seno va a regular la troncalidad dentro de su Capítulo Segundo, al tratar de las limitaciones a la libertad de testar junto a la legítima, y ofrece una definición, con los elementos que la constituyen, su nacimiento y extinción, sus principios, valores y efectos, así como las acciones jurídicas previstas para su defensa y garantía, agrupadas todas ellas en la Sección Tercera, arts. 61 a 87 LDCV, además de la DT 6ª.

3.1. Concepto, naturaleza jurídica, territorialidad y elementos que la constituyen

La LDCV presenta la troncalidad como una institución jurídica de Derecho privado dirigida a proteger el carácter familiar del patrimonio, al que califica como patrimonio troncal, y establece que la propiedad de los bienes raíces sitos en la Tierra Llana o Infanzonado de Bizkaia y en los términos municipales de Aramaio y Llodio es troncal, a los que denomina bienes troncales, garantizando el derecho de los parientes tronqueros para que no salgan de ella, según expresa el artículo 62 LDCV: *"1. La propiedad de los bienes raíces sitos en la tierra Llana de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de*

Aramaio y LLodio es troncal. 2. El propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros".

Esta regulación entre las limitaciones a la libertad de testar, junto a la legítima, al tratar de la sucesión forzosa, refleja un concepto, inicialmente, negativo de la institución que limita y prohíbe la realización de actos de enajenación por parte del titular de los bienes raíces a favor de personas extrañas a la familia troncal o incluso a favor de quienes no sean preferentes entre los parientes troncales.

Por el contrario, la doctrina foral siempre la ha presentado con un carácter positivo por estar dirigida a proteger una concepción original de la propiedad familiar, donde el patrimonio es considerado colectivo y solidario, no individual, que cumple una función social y una finalidad de sostenimiento y permanencia en el seno familiar.

Esta propiedad familiar de los bienes troncales se considera un pilar fundamental en la conservación y mantenimiento de la familia como institución básica de la sociedad actual, y establece un sistema de protección destinado a su conservación, uso disfrute, mantenimiento y transmisión en el seno de la familia troncal, garantizando los derechos de sus legítimos destinatarios, y acompañado por unas limitaciones a las facultades de disposición en determinados actos de enajenación que se impone al titular del bien. Es decir, la norma reconoce como principio y valor a preservar que la propiedad de los bienes raíces es troncal, familiar, colectiva y que a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio y la familia troncal.

En ese sentido se viene pronunciando doctrina y jurisprudencia. Recientemente la Sentencia del TSJPV de 10 de diciembre de 2018 (Roj. STSJ PV 2641/2018), recoge en su FD 3 ese mismo criterio, siguiendo la doctrina antes establecida por el TS en su última resolución dictada en esta materia, Sentencia nº 111/2010, de 11.03.2010 (Roj. STS 1721/2010) que tuvo por ponente al Sr. Xiol Ríos, señalando el tribunal vasco: "*Y es que, aunque no quepa en la actualidad atribuir a la troncalidad un sentido idéntico al que otrora tuvo, a la vista del cambio y evolución que la familia, la economía y la sociedad han experimentado desde entonces, nada impide seguir caracterizándola: 1) como un principio rector del Derecho civil de Bizkaia cuya función social distintiva consiste en la protección <como valor fundamental de la sociedad vizcaína> de la solidaridad familiar; 2) y también, consecuentemente, para que el cumplimiento de dicha función sea posible, como un principio que delimita y*

configura el contenido ordinario y normal del derecho de propiedad sobre los bienes raíces".

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

Así, entre las Disposiciones Generales recogidas en los arts. 61 a 71 LDCV se establece el ámbito de aplicación territorial de la troncalidad, de forma clara y excluyente sobre aquellos bienes raíces sitos en el Infanzonado o Tierra Llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, tal y como se destaca desde la propia Exposición de Motivos*… es una institución exclusiva de Bizkaia, Llodio y Aramaio.*

Por lo que se refiere a los tres elementos que deben concurrir para acreditar la relación familiar troncal, desplegar todos sus efectos y proteger la unidad y mantenimiento del patrimonio familiar o explotación profesional, tampoco se han introducido novedades: por un lado, el elemento real u objetivo del bien raíz sito en zona aforada; por otro, el elemento personal o subjetivo del pariente tronquero: en línea recta descendente, ascendente o colateral dentro del cuarto grado, siempre por la línea de procedencia del bien raíz; y el elemento causal, que acredite la existencia de conexión entre el bien, el pariente que primero lo poseyó y el pariente tronquero, una genealogía familiar de titularidades sobre el bien.

Así queda reflejado en la Sentencia dictada por el TSJPV de 9 de septiembre de 2015 (Roj. STSJ PV 2673/2015) al estimar los argumentos expuestos para declarar el carácter troncal discutido sobre una vivienda, y repasa la normativa de la LDCFPV, que ahora se ha mantenido en idénticos términos en la LDCV objeto de este informe:

> "*(…) que en este sentido, se define en los artículos 17 a 20 el doble componente, personal y real, de la troncalidad, se puede concluir, partiendo de la idea central de que no puede haber parientes*

tronqueros sin bienes troncales ni tampoco bienes troncales sin parientes tronqueros, que la troncalidad exige dos elementos, uno de naturaleza personal y otro de naturaleza real. Preconizando cierto sector doctrinal, junto a los dos anteriores, un tercer elemento denominado mayoritariamente por quienes teorizan sosteniendo su existencia: elemento causal. Y así: A) La troncalidad es una relación de parentesco entre el titular de la finca y el llamado a adquirirla con preferencia, el tronquero. Ahora bien, la determinación de los parientes que son tronqueros queda delimitada a los supuestos mencionados en el antes citado art. 20, que se refiere, en la línea descendente, a los hijos y demás descendientes de la línea de donde proceda la raíz, y en la ascendente, a los ascendientes de la línea de donde proceda la raíz. Por otro lado, y en cuanto a la extensión del parentesco troncal, dispone el art.21, en su primer párrafo, que en la línea descendente, el parentesco troncal se prolonga sin limitación de grado, y que en la ascendente, el parentesco troncal termina en el ascendiente que primero poseyó la raíz. B) La troncalidad se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana. Así se deduce de los arts. 18 y 20 que encuentran su complemento en el art.19 que es el que aclara lo que debe entenderse por bienes raíces a efectos de troncalidad".

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

Si bien el titular de un bien troncal tiene plena libertad de uso y disfrute de la propiedad sobre dichos bienes, va a ver limitada la libre disposición o enajenación de estos cuando desee realizarla a favor de una persona extraña a la relación familiar troncal o, incluso, a favor de un pariente que no pertenezca a la línea preferente para su adquisición.

Con esta finalidad, el legislador vasco diversas acciones de protección de esta preferencia en la adquisición, así como los efectos de esta limitación. Y es, en esta materia, donde se encuentra la novedad más importante tras entrar en vigor la LDCV al pasar de una sanción de nulidad de pleno derecho para las actuaciones que no respeten los derechos de los parientes tronqueros a posibilitar el ejercicio por parte de estos de una acción de anulabilidad o, en su caso, de saca foral como ya venía siendo posible en la LDCFPV.

3.2.1. Actos de disposición de bienes troncales a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*

El titular de los bienes troncales solamente podrá disponer de ellos, cuando quiere realizar una transmisión, respetando los derechos de los parientes tronqueros y aquellos actos de disposición que vulneren estos derechos podrán ser impugnados únicamente por los medios, las acciones y con los efectos que se regulan en la norma, según el artículo 62 LDCV, ya que la troncalidad persigue la protección del carácter familiar del patrimonio, su unidad, conservación y mantenimiento en el seno de la familia.

Se ha retirado la sanción de nulidad establecida en la anterior regulación (artículo 24 LDCFPV), por considerar que era excesiva cuando decía: "*los actos de disposición de los bienes troncales realizados a título gratuito, inter vivos o mortis causa, a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite, serán nulos de pleno derecho".* La opinión doctrinal era contraria a su mantenimiento, a la vista de la evolución de los valores sociales actuales en torno al patrimonio y a la familia, así como para facilitar el tráfico jurídico de fincas e inmuebles. Entonces ya se pronunciaba la Sentencia del TSJPV de 29 de julio de 1998 (Roj. STSJ PV 763/1998) afirmando: "*La acción de nulidad –conferida a los parientes tronqueros para impugnar la enajenación gratuita de los bienes troncales transmitidos contra lo dispuesto en las normas rectoras del instituto de la troncalidad- no se sujeta a plazo breve alguno de caducidad. El recurrente no puede alegar, en defensa de su interés legítimo, ninguna consecuencia jurídica asociada a una tesis incompatible, con el rigor y exactitud de ese criterio. La nulidad también afecta a las enajenaciones gratuitas que, como la donación onerosa disfrazada de compraventa de cobertura, se pactan a favor de parientes tronqueros que no pertenezcan a la línea preferente de quien, al anunciarse la enajenación, es titular dominical de la raíz".*

Hoy, en su lugar, se establece la posibilidad de ser anulados dichos actos de disposición a instancias de los parientes tronqueros mediante el ejercicio de la acción de anulabilidad en un plazo legal determinado. El artículo 69 LDCV, apartados 1º y 2º LDCV establece los efectos y el procedimiento para su impugnación por los legitimados cuando se realizan actos de disposición de bienes troncales, *inter vivos* a título gratuito o *mortis causa* a favor de extraños o parientes que no pertenezcan a la línea preferente resultando que:

- Los actos de disposición realizados se presumen inicialmente válidos

- Los parientes tronqueros podrán interponer una acción de anulabilidad contra dichos actos
- Dispondrán de un plazo de caducidad de cuatro años
- Que deberá ser contado desde que tengan conocimiento del acto y, en todo caso, desde su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En el período de evaluación objeto del presente informe no se han dictado resoluciones que traten los términos de esta nueva regulación, pero sí con los anteriores efectos, tanto en transmisiones que se habían producido mediante disposiciones *mortis causa*, testada o intestada.

Es el caso de la Sentencia del TSJPV de 10 de diciembre de 2018 (Roj. STSJ PV 2641/2018) que se pronuncia ante una transmisión de bienes troncales realizada *mortis causa* mediante testamento otorgado por el titular de los bienes y causante de la herencia, y confirma la nulidad de la cláusula testamentaria impugnada, a instancia de los parientes tronqueros, por no respetar sus derechos troncales de adquisición preferente, ordenando que les sean adjudicados, en aplicación de la anterior disposición de la LDCFPV.

En el mismo sentido interpretativo se había pronunciado la Sala Primera del TS en su última resolución conocida en materia de troncalidad, la STS de 11.03.2010 (Roj. STS 1721/2010) que resolvía una transmisión de bienes troncales realizada *mortis causa*, sin existir testamento, vía declaración de herederos legales y aceptación de herencia por el cónyuge viudo, confirmando la nulidad de pleno derecho de dicha actuación y todas las posteriores que permitieron inscribir el bien troncal a nombre de un extraño a la troncalidad.

La actual regulación recogida en el mencionado artículo 69 LDCV ha modificado la sanción en los términos señalados, suavizando sus efectos, limitándolos en el tiempo, exigiendo un comportamiento activo en los parientes tronqueros para tomar la iniciativa impugnatoria durante dicho plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulabilidad y, en caso contrario, confirmar la validez inicial y provisional que le atribuye el legislador a tales actos de disposición.

3.2.2. Enajenación de bienes troncales a título oneroso

Por lo que se refiere a las enajenaciones de bienes troncales a título oneroso, los arts. 72 a 87 LDCV regulan los derechos troncales de adquisición preferente donde se mantiene la protección, efectos y procedimiento a seguir para su defensa.

En la aplicación práctica de estas disposiciones, es interesante destacar:

1) Los parientes tronqueros disponen de un derecho troncal de adquisición preferente, cuyo orden de preferencia se mantiene, cuando se pretenda enajenar bienes troncales a título oneroso a favor de extraños a la troncalidad o a favor de un pariente tronquero de línea posterior, según el artículo 72 LDCV. Sobre este derecho, la Sentencia del TSJPV de 7 de diciembre de 2000 (Roj. STSJ PV 5969/2000) ya señalaba que "*la permanencia del derecho de adquisición preferente a lo largo de los sucesivos textos legales, pone de relieve que el mismo tiene una profunda raigambre en nuestro derecho foral, relevándose como una de las manifestaciones de la institución de la troncalidad".*

2) Cuando se pretenda la enajenación de varias fincas, el pariente tronquero podrá ejercitar su derecho respecto de una o varias de ellas, salvo si se trata de un caserío con sus pertenecidos, ya que deberá adquirirlo en su conjunto como una unidad de explotación, según artículo 75 LDCV. Sobre esta materia y el concepto de caserío, unidad de explotación, enajenación y adquisición conjunta de las fincas, se ha pronunciado el TSJPV, en Sentencia de 4 de noviembre de 2017 (Roj. STSJ PV 3208/2017) fijando doctrina casacional sobre la expresión "*enajenación de un caserío"* estimando la demanda y no imponiendo la adquisición de todas las fincas que se pretendieron enajenar por su titular.

3) Se mantiene la excepción al derecho troncal de adquisición preferente en función de la clasificación urbanística de los terrenos en los que radique la finca, limitando su aplicación según artículo 74 LDCV, a saber:

- Enajenación de finca sita en suelo urbano o urbanizable sectorizado
- Afecta a todos los términos municipales de su ámbito territorial de aplicación y el criterio es dinámico y creciente, expansivo
- Por lo tanto, la ampliación de la clasificación urbanística de este tipo de suelos reduce las limitaciones impuestas para las transmisiones onerosas.

Resulta de interés la antes citada Sentencia del TSJPV de 7 de diciembre de 2000 (Roj. STSJ PV 5969/2000) al tratar sobre la clasificación y uso de los conceptos jurídicos acuñados por la normativa urbanística, dada la conflictividad que ello puede entrañar.

4) Finalmente, también se mantiene la obligación de realizar los llamamientos forales informativos a los parientes tronqueros cuando el propietario de un bien troncal desee realizar un acto de enajenación a título oneroso. Los interesados podrán ejercitar la acción de saca foral para solicitar su anulación, dentro del plazo legal establecido, y adjudicarse la finca si no se realizan tal y como se establece en la norma vigente.

De esta manera, ha sido resuelto y estimado en la Sentencia nº 12/2017 del TSJPV de 4 de noviembre de 2017 (Roj. STSJ PV 3208/2017) que ratifica el mismo criterio establecido en otras sentencias anteriores del mismo Tribunal, de 21.01.2005; 2.06.2004; 7.12.2000 y Auto de 12.02.1990.

3.3. Aplicación práctica, conflictos jurídicos y resoluciones judiciales

La aplicación práctica de la nueva regulación que se viene produciendo desde su entrada en vigor sobre la institución de la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y LLodio, durante el período de evaluación de este informe, se podría calificar de pacífica y generalizada, a la vista de la escasa conflictividad judicial constatada. Los motivos pueden ser diversos, entre otros:

1) La modificación y suavización de los efectos sancionatorios que se aplican al incumplimiento por parte de un titular de bienes raíces que pretende realizar un acto de disposición o enajenación sin respetar los derechos de adquisición preferente de los parientes tronqueros, que dejan de ser de nulidad absoluta y pasa a poder ser impugnado por una acción de anulabilidad en las condiciones establecidas por el artículo 69 LDCV

2) Los plazos de caducidad, el inicio y transcurso de estos, la validez inicial de tales actos y la necesaria iniciativa judicial que deben tomar los parientes tronqueros legitimados e interesados en el asunto, son también posibles causas de esa reducción.

3) La excepción contemplada en el artículo 74 LDCV como limitación del ejercicio del derecho troncal de adquisición preferente en la enajenación onerosa de fincas radicantes en suelo urbano o urbanizable sectorizado, en función de dicha clasificación urbanística. Excepción que se aplica de forma dinámica en todos y cada uno de los términos municipales de Bizkaia, Aramaio y LLodio, a diferencia de la determinación estática que los planos de las villas aprobaron en 1994 para delimitar la zona aforada y la no aforada. Por lo tanto,

la evolución en la calificación de ese tipo de suelos reducirá los supuestos de limitación para la transmisión onerosa de tales fincas, aumentando la excepción al crecer el espacio donde estén radicadas.

4) Una mejor exposición de la institución en la LDCV que permite conocer su funcionamiento, mecanismos, finalidad y efectos, facilitando su respeto y aplicación, reduciendo los conflictos.

Los conflictos jurídicos en materia de troncalidad resueltos por los Tribunales en el período de evaluación objeto del presente informe han estado sometidos a la LDCFPV. Ahora bien, como una parte importante de la regulación normativa de troncalidad en LDCV es idéntica a la anterior, dichos pronunciamientos judiciales son de interés traerlos a colación por el detallado estudio de la normativa que contienen:

a). Uno de los conflictos planteados se centró en la ley aplicable al conjunto de la sucesión, cuando coexisten bienes troncales en el patrimonio hereditario y, concurre la circunstancia de que el causante nunca tuvo vecindad civil aforada, ni cuando otorgó testamento ni cuando falleció: se estima la vigencia de los derechos derivados de la troncalidad, que no se extinguen por la pérdida de la vecindad civil vizcaína, concurriendo los requisitos legalmente establecidos, y operando como una excepción a la ley que se deba aplicar al resto de la sucesión.

La Sentencia nº 8/2018, de 10 de diciembre de 2018 del TSJPV (Roj. STSJ PV 2641/2018, señala:

> "*no negamos que la ley aplicable a la sucesión sea el derecho común en virtud de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento; partimos de ello, pero añadimos que la previsión de la norma que contiene el artículo 23 LDCFPV –si se dan los requisitos necesarios al efecto, y en el presente caso se dan- puede llegar a constituir una salvedad a la "lex successionis" establecida para los conflictos internos por los arts. 9.8 y 16.1 CC, en el sentido de que la aplicación de la misma no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCFPV. Y así lo ha reconocido el TS en la sentencia 111/2010, de 11 de marzo, al declarar, con fundamento en el art. 23 LDCFPV, que: […] siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, éste precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el*

Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurran los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad.

También somos conscientes, por otro lado, de que el art. 149 CE reserva al Estado en exclusiva la competencia respecto de la solución de los conflictos de leyes, e igualmente, de que el art. 23 –de cuya constitucionalidad no albergamos duda- es una norma de colisión, pero, como hemos visto, acorde y plenamente coherente con la tradición jurídica y el derecho histórico –que la Constitución ampara y respeta-, pues tiene sus precedentes en las normas contenidas en el párrafo tercero del original art. 10 CC y en el art. 10 de la Compilación, que a su vez conectan con la ley XV del título XX del Fuero.

De ahí que se haya dicho que "[…] pocas dudas podía haber sobre la competencia de la comunidad autónoma para actualizarlas […] hubiera sido imposible legislar adecuadamente sobre la troncalidad sin atender a poner al día los precedentes […]. Ciertamente, que si la ley foral hubiera optado por una subversión total de los precedentes legislativos citados podría ser discutida la oportunidad, pero cuando simplemente se hace una acomodación o actualización de la misma norma no puede haber duda de que quien puede y debe hacerlo no es otro que el Parlamento Vasco. Y una prueba evidente de ello es que el Gobierno no formuló recurso contra el art. 23. Las leyes anteriores (Compilación y Código Civil), para evitar las posibles violaciones de la troncalidad, determinaron que los vecinos de villa queden sujetos al Fuero respecto de los bienes que poseen en Tierra Llana; y la nueva Ley Foral dice lo mismo de otra manera, aunque penetra más en el sentido y razón de ser de la norma, que no es otro que proteger a la familia troncal frente a los posibles cambios de vecindad del titular de los bienes".

b). En el anterior procedimiento judicial otro de los planteamientos expuestos en contra de la troncalidad regulada en el antiguo artículo 23 LDCFPV fue alegar que infringía lo dispuesto en los artículos 21, 63 y 67 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por constituir una restricción a la libre circulación de capitales y una discriminación objetivamente injustificada, al hacer depender la aplicación de una limitación a la capacidad de disponer de un bien inmueble del lugar de residencia del causante y del causahabiente en el

momento de su adquisición o del lugar en el que está sito el bien objeto de la sucesión.

La respuesta del TSJPV en la citada Sentencia de 10.12.2018 fue contraria y contundente (FD 3º):

> *" 1º) No hay vulneración del art. 21 TFUE: en el caso presente no se ha impedido ni limitado a un ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.*
> *2º) No hay vulneración del art. 63 TFUE: en el caso presente no se ha producido la restricción de algún movimiento de capital o de algún pago entre Estados miembros de la Unión o entre algún Estado miembro y un tercer país.*
> *3) No hay vulneración del art. 67 TFUE: la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros; y en España, que es uno de los Estados miembros de la Unión, y un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución, según proclama su disposición adicional primera: "[…] ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales", siendo, sin duda, la más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia el profundo arraigo del principio de troncalidad.*
> *4) Por último, no cabe aceptar que el régimen de la troncalidad pueda colisionar con los principios del derecho de la Unión cuando la misma puede llegar a operar incluso como excepción al principio de unidad de la ley sucesoria adoptado por el Reglamento (UE) nº 650/2012. Aseveración la anterior que fundamentamos en lo que el propio Reglamento establece al señalar en su art. 30 que "Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión."*

c). Otra nueva cuestión resuelta por la Sala de lo Civil del TSJPV en Sentencia nº 7/2015, de 9 de septiembre de 2015 (Roj. STSJ PV 2673/2015) es la referida al ajuar doméstico y su carácter de bien troncal destinado o unido a la vivienda litigiosa, que estima la Sala tras estudiar las alegaciones de la parte recurrente

por entender que dichos bienes muebles fueron transmitidos formando una unidad con el bien troncal al que pertenecían, y señala (FD 4º):

> *"(…) porque desconoce el enunciado normativo contenido en el párrafo segundo del art. 19.1 que atribuye la consideración de raíces, a los efectos de troncalidad, a los bienes muebles destinados o unidos a los expresados en el párrafo anterior (el suelo y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta o siembra) "salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se transmitan con independencia", lo que pone de manifiesto, partiendo de la conceptuación de ajuar doméstico que hemos referido anteriormente y dado que este no ha sido en este caso objeto de transmisión independiente, que, como señala la parte recurrente, "la sentencia recurrida yerra al adicionar al inventario el ajuar doméstico, pues se tiene que predicar necesariamente, conforme a lo dispuesto en el art. 19.1 (…) su carácter de bien raíz troncal destinado o unido a la vivienda litigiosa, formando todo ello una unidad de la que se predica su troncalidad"*

d). Sobre la enajenación onerosa y sin llamamientos de un bien troncal, encontramos una resolución dictada por el TSJ PV que estima la acción de saca foral articulada en el recurso presentado contra la sentencia de instancia y, además, se dicta doctrina casacional sobre la enajenación de un caserío.

Se trata de la Sentencia nº 12/2017 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de noviembre de 2017 ((Roj. STSJ PV 3208/2017), que dice:

> "*La doctrina casacional aplicada al caso enjuiciado, al no haberse enajenado un caserío y no poder, por tanto, aplicarse la excepción a la regla general del artículo 115 LDCFPV, comporta la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la revocación de la sentencia dictada en primera instancia, en tanto que, ejercitado por D. Marcial su derecho de saca foral, consecuente con la transmisión a título oneroso a extraños de bienes troncales sin el previo llamamiento a los parientes tronqueros, e interesando del Juzgado la declaración de nulidad relativa de la compraventa de la finca DIRECION000, por haber infringido su derecho de adquisición preferente, debió éste ser reconocido, acordada la nulidad relativa de la compraventa, así como reconocido el derecho de D. Marcial a que se le adjudique la finca de autos, DIRECION000, por la justa valoración que se determine, estimada*

la demanda y anulada la transmisión, con los efectos registrales correspondientes, en los términos interesados.

Esa doctrina referida se recoge en el Fundamento de Derecho 4º *in fine* y dice: "*Por todo ello, debemos fijar como doctrina casacional que: Con la expresión "enajenación de un caserío" del art. 115 (LDCFPV) se refiere a la enajenación de una unidad de explotación rural constituida e integrada por un conjunto de elementos afectos a la misma, que la propician y hacen viable y sostenible económicamente".*

e). Finalmente, sobre los actos de disposición *mortis causa* de bienes troncales a favor de extraños o de parientes que no pertenezcan a la línea preferente: la regulación anterior, articulo 24 LDCFPV, los consideraba nulos de pleno derecho; ahora, según el artículo 69, 2º LDCV, son considerados inicialmente válidos, si bien la cláusula testamentaria puede ser anulada.

La Sentencia de 10 de diciembre de 2018 del TSJPV (Roj. STSJ PV 2641/2018) antes comentada, resuelve esta cuestión ratificando la solicitud planteada por los demandantes y estimada desde la primera instancia, en calidad de parientes tronqueros del causante y titular de los bienes troncales, sobre la nulidad de una cláusula testamentaria que no respetaba sus derechos troncales de adquisición preferente, y declara irrelevante que el causante no hubiera tenido nunca vecindad civil vizcaína aforada o, incluso, que hubiera perdido su vecindad civil vizcaína y falleciera bajo otra vecindad, determinante de la ley aplicable de la sucesión y dice así:

" Y es que, aunque no quepa en la actualidad atribuir a la troncalidad un sentido idéntico al que otrora tuvo, a la vista del cambio y evolución que la familia, la economía y la sociedad han experimentado desde entonces, nada impide seguir caracterizándola: (i) como un principio rector del derecho civil de Bizkaia cuya función social distintiva consiste en la protección "como valor fundamental de la sociedad vizcaína", de la solidaridad familiar (ii) y también consecuentemente, para que el cumplimiento de dicha función sea posible, como un principio que delimita y configura el contenido "ordinario" o "normal" del derecho de propiedad sobre los bienes raíces.

Lo que tiene claro reflejo en el art. 17 LDCFPV: la propiedad de los bienes raíces es troncal, porque a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio, restringiendo con alcance general

(señala la EMLDCFPV que el principio de troncalidad " (…) se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos inter vivos o mortis causa, a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno (…)" la facultad dispositiva del titular de los bienes raíces, que solo puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros, a los que se legitima para impugnar, en la forma y con los efectos que se establecen en el Fuero, los actos de disposición que vulneren sus derechos".

4. Regulación del régimen económico matrimonial

El Derecho civil vasco alcanza también a la regulación del régimen económico matrimonial. La celebración del matrimonio no sólo tiene incidencia en las relaciones personales entre los cónyuges, sino que su influencia se extiende a su esfera patrimonial o económica. La vida en común de las parejas casadas, al igual que sucede con las denominadas uniones de hecho, genera una serie de cuestiones de índole económica a las que es necesario dar oportuna respuesta. Por todo ello, no cabe duda de que todo ordenamiento jurídico debe establecer un conjunto de normas que regulen las relaciones patrimoniales que puedan surgir entre los cónyuges, o miembros de la pareja de hecho, o de cualquiera de ellos con terceros.

La LDCV, atendiendo a esta necesidad, regula en su título tercero del régimen de bienes del matrimonio. Concretamente, en el Capítulo I se ocupa de las diferentes posibilidades en cuanto a la determinación y modificación por parte de los cónyuges del régimen económico matrimonial y, a falta de pacto sobre este extremo, del régimen legal supletorio que procede en cada caso. A continuación, en el Capítulo II, la LDCV, ofrece una normativa completa y actualizada respecto a la prevista en la legislación anterior de la comunicación foral de bienes, único régimen económico matrimonial propio del Derecho civil vasco.

Aunque no tenemos datos concretos sobre la mayor o menor frecuencia con la que las parejas eligen uno u otro régimen económico matrimonial, como aproximación respecto a la incidencia de dicha regulación en Euskadi podríamos por ejemplo considerar que en Bizkaia, donde el régimen económico de comunicación foral es el régimen económico legal por defecto, existen 256.900 familias casadas o en régimen de cohabitación.

4.1. Planteamiento normativo

Tanto la LDCV como el CC, permiten a los cónyuges optar por cualquier régimen económico matrimonial, sin más limitaciones desde un punto de vista material que las que se derivan del artículo 1.328 CC. Y ello, tanto si la opción se ejerce desde un inicio (art. 125 LDCV, art. 1.315 CC,), como si sobreviene de pactos o capitulaciones posteriores constante matrimonio (art. 126 LDCV, art. 1.325 CC).

En efecto, los arts. 125 y 126 LDCV, con los que comienza el mencionado Capítulo I, nos conducen a un planteamiento muy similar al que presentan los artículos 1.315, 1.325 y 1.326 CC. Para el supuesto en que los cónyuges opten por no hacer uso de la libertad de estipulación, indica el artículo 127.1 LDCV que, "*a falta de capitulaciones o cuando resulten insuficientes o nulas, el matrimonio se regirá por las normas de la sociedad de gananciales establecidas en el Código Civil*".

En consecuencia, el régimen de la sociedad de gananciales se presenta, en principio, como el régimen legal supletorio para las personas a quienes se aplica la Ley 5/2015, esto es, conforme al artículo 10 LDCV, para quienes ostenten la vecindad civil vasca. No existe, por tanto, modificación de la realidad jurídica que como regla general se planteaba bajo la vigencia de la Ley 3/92, de 1 de julio.

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

Se trata, de una regulación coincidente en lo esencial con la prevista en la Ley 3/92, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco (artículo 94)[7], y con los criterios establecidos en el artículo 9.2 CC, si bien no contempla la posibilidad recogida en este precepto de que los contrayentes, si ostentan una vecindad civil distinta, decidan bajo ciertas condiciones en documento auténtico la legislación a la que se haya de someter el matrimonio. En este punto, cabe destacar la incidencia que en el futuro tendrá en la materia, el nuevo reglamento europeo[8], aplicable a partir del 29 de enero de 2019.

4.2. El régimen económico de comunicación foral

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

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

A pesar de preguntarlo en el cuestionario, no se tiene constancia de que se haya planteado ningún pleito concreto por la situación que plantea el artículo 145 LDCV al regular el supuesto de disolución del régimen de comunicación foral por muerte de uno de los cónyuges, sin descendientes comunes o por sentencia de separación, nulidad o divorcio (y disolución de la pareja de hecho,

[7] "Artículo 94.- A falta de pacto, se entenderán sujetos a comunicación foral los matrimonios en que ambos contrayentes sean vizcaínos aforados o, a falta de vecindad común, si fijan la residencia habitual común inmediatamente posterior a su celebración en la Tierra Llana, y, a falta de dicha residencia común, si en ella ha tenido lugar la celebración del matrimonio".

[8] Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOCE L183 de 8 de julio de 2016).

deberíamos añadir, conforme a lo que luego se dirá), sin que ni dicho artículo, ni la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, establezcan disposición alguna destinada a coordinar la aplicación respectiva, en particular, en relación con el derecho a la atribución en exclusiva del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio o que tuviera más dificultad de acceso a la vivienda.

CAPÍTULO III. Análisis de la aplicación práctica de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores y de su evolución

El notable incremento experimentado de las sentencias relativas al Derecho civil vasco en el ámbito del derecho de familia se debe fundamentalmente al gran número de rupturas de progenitores que han de resolverse de conformidad con las previsiones recogidas en la Ley 7/2015 (en adelante, LRF). Al punto que quizás se podría hablar de una pequeña "explosión" del derecho de familia en el ámbito del Derecho civil vasco.

En cuanto a las rupturas de pareja, según datos del EUSTAT, en 2017 se produjeron 3.555 rupturas matrimoniales en la CAPV, lo que supuso un 1% menos que en el año precedente. El 16,2% fue tramitado en Álava, el 54,1 % en Bizkaia y el 29,8% en Gipuzkoa. En un 62,4% de las rupturas matrimoniales la demanda fue presentada conjuntamente por ambos cónyuges, en el 25% por la esposa y sólo en el 11,8% por el esposo.

Además debe advertirse que, desde la reforma de la LJV de 2015, además de ante los tribunales, los divorcios de mutuo acuerdo sin hijos menores también pueden tramitarse por la vía notarial. La estadística notarial confirma que en el año 2017 de tramitaron 199 escrituras de separación o divorcio notarial, 58 más que en 2016. Sin embargo, estos casos quedan fuera del ámbito de la ley 7/2015 y en consecuencia del análisis objeto del presente informe.

1. Ámbito de aplicación y objeto de la ley

La LRF entró en vigor el 10 de octubre de 2015 (a los tres meses de su publicación en el BOPV). Desde entonces es la norma de Derecho civil vasco que ha tenido mayor aplicación práctica por nuestros Juzgados y Tribunales.

Tiene por objeto regular las rupturas familiares de los progenitores "*que tengan autoridad parental*" (artículo 2.1 LRF), entendiéndolo como equivalente a la patria potestad. Esto conlleva que el legislador vasco ha optado por regular, única y exclusivamente, las rupturas de progenitores con hijos o hijas menores de edad o con la capacidad modificada, tal y como ha declarado la STSJPV de 18 de septiembre de 2017 (Roj. STSJ PV 2787/2017).

En aquellas rupturas de progenitores con hijos o hijas comunes, todos ellos, mayores de edad, las reclamaciones de los alimentos deberán fijarse de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. Sólo cuando los hijos mayores de edad concurren con hijos menores de edad o con capacidad modificada quedarán sometidos a la LRF. Asimismo, las rupturas de pareja sin descendencia y/o cualquier petición de pensión compensatoria o compensación del artículo 1438 CC quedan fuera del ámbito de aplicación de la LRF y quedarán sometidos al CC como norma supletoria general (artículo 3.1 LDCV).

Los procedimientos judiciales a los que se aplica la LRF son los enumerados en el artículo 1.

La LRF se aplica en todo el ámbito territorial de la CAPV. Ahora bien, junto con el requisito territorial, además, para su aplicación deberá concurrir el "requisito personal" y ello significa que el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus descendientes menores deben ostentar, además, la vecindad civil vasca (artículo 2.1 LRF), lo que es coherente con la LDCV.

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

En defecto de elección, el artículo 2.3 LRF prevé que la ley vasca resultará de aplicación, en el caso del matrimonio, si el lugar de residencia habitual común al tiempo de presentación de la demanda estuviera fijado en la CAPV y, en el caso de las parejas de hecho, se hará atendiendo al lugar de residencia inmediatamente anterior a su disolución. La doctrina científica ha advertido

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

Uno de los aspectos que se puede remarcar tras el análisis jurisprudencial realizado es que las sentencias, en su fundamentación jurídica, contienen invocaciones tanto a la LRF como al CC en aquellos ámbitos en los que la ley vasca cuenta con regulación propia, cuando lo correcto sería aplicar una u otra ley en función de la concurrencia del punto de conexión previsto en nuestro ordenamiento jurídico propio. Ello podría ser consecuencia de que las partes intervinientes, en sus escritos alegatorios, omitan hacer referencia alguna a la vecindad civil vasca como punto de conexión y aplicación de nuestra ley y ante tal omisión los Tribunales opten por cubrirse incorporando en sus resoluciones referencias normativas a ambos textos legales (CC y LRF) máxime cuando el paralelismo entre ambas regulaciones es notable.

2. Pactos en previsión de ruptura de la convivencia

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

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

Estos pactos, que obligan a las personas firmantes (artículo 4.5 LRF), en ningún caso resultan vinculantes para los Juzgados y Tribunales pudiendo éstos últimos acordar las medidas de *ius cogens* que consideren más beneficiosas para los y las menores, sean las recogidas en el pacto o justamente las contrarias.

No es fácil determinar el número de estos que se han otorgado en Euskadi desde la entrada en vigor de la referida ley, ya que no existe una estadística notarial concreta que los mida. De las estadísticas disponibles en la base de datos del Índice único notarial la que, por su denominación, más podría asimilarse, es la relativa a las "capitulaciones matrimoniales sin pactar régimen matrimonial" dado que estas capitulaciones, sin referirse al régimen económico matrimonial, podrían atender a todo el contenido previsto en la ley 7/2015 para los pactos en previsión de ruptura de la convivencia.

Capitulaciones matrimoniales sin pactar régimen matrimonial	ESTATAL	
	Totales	Variación anual
2012	270	+17,90%
2013	240	-11,11%
2014	268	+11,67%
2015	227	-15,30%
2016	280	+23,35%
2017	331	+18,21%

Si ello fuera así, se podría hablar de un ligero repunte a partir de la entrada en vigor de la LRF, que difícilmente se podría considerar significativo o atribuible directamente a la ley (especialmente, teniendo en cuenta que sólo están disponibles los datos a nivel estatal, no desagregada para Euskadi).

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

capitulaciones prenupciales y postnupciales contienen o no dichos pactos, impidiéndonos conocer el uso real de la figura.

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

3. La mediación familiar

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

La evaluación de la incidencia que la mediación familiar ha tenido en las rupturas familiares exige, en primer lugar, tener presente los tipos de mediación familiar coexistentes y sus características. La mediación puede ser extrajudicial o intrajudicial (artículo 6 LRF).

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

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

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

Los datos estadísticos relativos a estos servicios están disponibles en las memorias anuales de ambos servicios del Gobierno Vasco. Sin embargo, no resulta sencillo extraer de dichos datos grandes conclusiones, dado que los datos no son siempre congruentes ni emplean los mismos indicadores entre los distintos servicios, e incluso pueden variar de un año a otro dentro de las memorias elaboradas por el mismo servicio. A la vista de lo anterior, se recomienda a ambos servicios (mediación extrajudicial e intrajudicial) que, en el ámbito de aplicación de la LRF, utilicen los mismos indicadores para facilitar su evaluación.

En todo caso, los datos analizados apuntan, como tendencia generalizada, a un aumento sostenido del número de expedientes tramitados, tanto por el servicio de mediación extrajudicial como por el servicio intrajudicial y confirman la consolidación que día a día va encontrando la mediación como forma de resolución de conflictos del ámbito familiar.

Como curiosidad, en las memorias del servicio de mediación familiar intrajudicial llama la atención que la mayor parte de las derivaciones de Araba corresponden a los juzgados de Vitoria-Gasteiz, de las derivaciones de Bizkaia, la mayor parte pertenecen a Juzgados de primera instancia de Familia de Bilbao y al Juzgado de Familia de Barakaldo y en Gipuzkoa, la mayor parte de las derivaciones se concentran en los Juzgados de Donostia. También procede llamar la atención que los casos que se derivan a mediación desde los Juzgados, prácticamente la mitad de dichos asuntos han concluido con un acuerdo entre las partes.

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

anima a optar por este modelo. En todo caso, las memorias de los servicios de mediación apuntan a que los acuerdos favorables a la custodia compartida se encuentran en fase de asentamiento, siendo aún difícil obtener conclusiones definitivas.

4. Medidas judiciales en defecto de pacto

El Capítulo IV de la ley vasca (arts. 7 a 11 LRF) es el que está dedicado a establecer los criterios que deberán tener en cuenta los Tribunales para determinar las medidas que han de regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, en defecto de acuerdo entre las partes.

Lo que el legislador vasco, con estas medidas, ha buscado es garantizar el ejercicio conjunto de la patria potestad, asegurar la alimentación de los hijos e hijas, así como asegurar el mantenimiento del vínculo relacional de los menores con ambos progenitores y con el resto de parientes y personas allegadas.

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

4.1. Patria Potestad

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

La opción del legislador vasco es el ejercicio conjunto de la patria potestad (artículo 8 LRF). Se apuesta por la corresponsabilidad parental, por ser la que asegura que ambos progenitores participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de la prole y en la toma de decisiones trascendentales para éstos. Este ejercicio conjunto de la patria potestad conlleva que las decisiones trascendentales de éstos relativas a su salud, educación, residencia, traslados al extranjero, administración de sus bienes etc., en definitiva, todas aquellas que trascienden los actos meramente de cuidado y atención diaria deben ser consensuados entre ambos progenitores.

La atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a uno sólo de los progenitores está reservada por en el Derecho civil vasco a casos excepcionales en los que la atención y beneficio de los hijos e hijas menores así lo aconseje y sea acordado por el Juzgador.

El análisis jurisprudencial realizado ha permitido constatar que los pronunciamientos judiciales con atribución conjunta del ejercicio conjunto de la patria potestad constituyen la regla general.

Tal y como señalan las SSAP de Álava 149/2016, de 2 de mayo y 107/2016, de 23 de marzo, siguiendo la doctrina del TS de fechas 31-12-90 y 11-10-91, la "patria potestad" se concibe como un derecho-deber o como un derecho-función, que puede en determinados casos, y por causa de esta concepción restringirse o suspenderse, e incluso privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, pero que como precisa la STS nº 43/2012, de 10 de febrero, tal limitación ha de reputarse excepcional por su gravedad y aplicarse únicamente en casos extremos, de modo que para establecerla no baste la sola constatación de un incumplimiento, sino que sea necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor. Es por ello que en los casos examinados los Tribunales vascos, atendiendo al interés de los menores, han acordado el ejercicio conjunto de la patria potestad.

4.2. Guarda y custodia

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

4.2.1 Guarda y custodia compartida

La guarda y custodia compartida se regula en el apartado 3 del artículo 9 LRF. En la ley vasca hay una clara vocación legislativa de que siempre que sea posible, se adopte este régimen porque la norma entiende que lo más beneficioso para los menores es que puedan crecer y vivir con ambos

progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, salvo que concurran circunstancias que lo desaconsejen. Concretamente el precepto dice que se acordará "*siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores".*

Los pronunciamientos dictados por las Audiencias Provinciales de la CAPV han supuesto que en la práctica la custodia compartida se haya convertido en la opción preferente, tal y como reconocen, entre otras muchas, la SAP de Bizkaia de 28 de febrero de 2018 (Roj, SAP BI 370/2018), la SAP de Gipuzkoa de 17 de abril de 2018 (Roj. SAP SS 326/2018), o la SAP de Álava de 21 de noviembre de 2018 (Roj. SAP VI 1136/2018).

La ley vasca exige para su adopción la "*petición de parte*" (el Juez de oficio no podría acordarla) y la jurisprudencia, además, exige que la petición de guarda y custodia vaya acompañada de un *"plan de parentalidad*" que se pueda discutir y valorar. Sin ambos requisitos no podrá ser acordada por el Juzgador tal y como señala la SAP de Álava de 26 de julio de 2017 (Roj. SAP VI 525/2017).

Uno de los aspectos más controvertidos en la atribución del régimen de custodia compartida es el de las malas relaciones entre los progenitores. La ley vasca es muy clara al señalar que, en principio, no son obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor (artículo 9.2 LRF). Nuestras Audiencias Provinciales así lo vienen aplicando. La SAP de Bizkaia de 14 de marzo de 2016 (Roj. SAP BI 486/2016) reconoce "(…) *que no es la conflictividad una razón suficiente para denegar una guarda y custodia compartida, deben concurrir otros motivos que juntamente con ella aconsejen no acordarla".* Sólo cuando esas malas relaciones entre los progenitores sean "*relevantes desde la perspectiva de la menor*" al punto de hacer inviable un ejercicio conjunto de la educación y cuidados que precisa, *"siendo muy probable que la menor se vea implicada en el conflicto personal de sus progenitores, pudiendo repercutir en la estabilidad emocional de la menor"* tendría relevancia para denegar y no acordar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, tal y como establece la SAP de Álava de 2 de mayo de 2018 (Roj. SAP VI 405/2018).

El análisis jurisprudencial realizado confirma la existencia de distintas fórmulas de aplicación de guarda y custodia compartida. La mayoría de las resoluciones judiciales optan por tiempos de permanencia iguales entre ambos progenitores, siendo la alternancia semanal la opción claramente dominante.

No obstante, existen sentencias con periodicidades distintas al 50%, aunque sean las menos habituales.

La ley vasca, asimismo enumera, en el artículo 9.3 LRF, las circunstancias que, en todo caso, debe valorar y atender el Juzgador para adoptar este régimen de custodia. Casi todas son análogas a las establecidas por el TS en su doctrina consolidada a partir de su Sentencia 257/2013, de 29 de abril, (Roj. STS 2246/2013) tal y como tiene señalado la SAP de Bizkaia de 27 de diciembre de 2017 (Roj. SAP BI 2505/2017), aunque alguna de ellas son exigencias propias de nuestro ordenamiento jurídico.

La primera de las circunstancias a valorar, recogida en el apartado a) del artículo 9.3 LRF, será la práctica anterior de los progenitores con los y las menores, sus "*actitudes personales"* y la "*vinculación afectiva de los y las menores con cada uno de sus progenitores".* Tanto la doctrina científica como la doctrina jurisprudencial son unánimes al señalar que la alusión a las *"actitudes"* de los progenitores obrante en la ley vasca se trata de una errata y que lo realmente pretendido era que se valoraran las *"aptitudes"* de los progenitores, como así lo viene interpretando nuestra jurisprudencia, por todas, SAP de Bizkaia de 27 de diciembre de 2017 (Roj. SAP BI 2505/2017). Prueba de ello es que en el apartado e) del mismo precepto se habla de la "*actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores*" y en el apartado h) nuevamente se alude a la "*actitud, voluntad e implicación"* de los progenitores, lo que sería una reiteración carente de sentido. La alusión a la "*vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados"* con cada uno de los progenitores es propia de la ley vasca. No está previsto por la jurisprudencia del TS. El progenitor que haya estado más implicado en el cuidado de los y las menores tendrá *a priori* mayor vinculación.

La "*edad"* de los hijos e hijas es otra de las circunstancias que la ley vasca exige valorar en el apartado c) del artículo 9.3 LRF. En la actualidad la lactancia puede impedir temporalmente la custodia compartida, pero no permite alargar indefinidamente su fijación, tal y como señala, entre otras muchas, la SAP de Gipuzkoa de 18 de octubre de 2018 (Roj. SAP SS 1098/2018).

Otra de las circunstancias a tener en cuenta es *"la opinión expresada por los hijos e hijas siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años"*, previsto en el apartado d) del artículo 9.3 LRF. Hay consenso doctrinal y jurisprudencial sobre que la voluntad de los y las menores en modo alguno vincula la decisión judicial en cuanto a la medida a acordar. Ahora bien,

dicho lo anterior, también resulta mayoritaria la opinión de nuestros Tribunales que otorga mayor relevancia a la voluntad de éstos cuando van adquiriendo más edad, tal y como reconoce la SAP de Álava de 21 de junio de 2017 (Roj. SAP VI 453/2017) *"la opinión de la menor de 16 años se presenta como un argumento de peso"* habida cuenta de que "*puede resultar contraproducente la imposición de una convivencia son su progenitor y provocar el deterioro del vínculo existente entre ellos en la actualidad".*

El apartado f) del artículo 9.3 LRF señala que "*el resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4"* será otra de las circunstancias a valorar. En los casos de ruptura de los progenitores, cuando el establecimiento del régimen de custodia se convierte en un extremo litigioso que enfrenta a las partes, el informe elaborado por los Equipos Psicosociales adscritos a los Juzgados adquiere una relevancia importante. Aunque no resulte vinculante para el Juzgador, sí constituye un elemento probatorio importante, tal y como reconoce la SAP de Álava de 20 de octubre de 2016 (Roj. SAP VI 614/2016) *"por la capacitación, experiencia, objetividad e imparcialidad que caracterizan la actuación de tal equipo".*

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

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

4.2.2. Guarda y custodia exclusiva o monoparental

Aunque el establecimiento de este tipo de guarda y custodia no sea la opción preferente del legislador vasco, el apartado 6 del artículo 9 LRF prevé que los Juzgados y Tribunales puedan acordarla "*cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan",* debiendo, en este supuesto, establecerse el régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro

progenitor –el no custodio- que garantice las relaciones paterno-filiales así como, en su caso, con la familia extensa.

La doctrina científica viene advirtiendo de la conveniencia de coordinar la redacción del apartado 3 (custodia compartida) y del apartado 6 (custodia exclusiva) del artículo 9 LRF concordando los criterios exigibles en ambos supuestos.

Por otra parte, procede llamar la atención de que en la ley vasca, mientras en el epígrafe 3 del artículo 9, para la fijación de una guarda y custodia compartida, es requisito *sine qua non* la petición de parte, sin embargo, en el caso de la custodia exclusiva no se exige tal requisito, pudiendo acordarla el Juzgador *de oficio*.

El análisis jurisprudencial realizado, también, confirma que la mayoría de los casos de ruptura con atribución de guarda y custodia exclusiva de los hijos e hijas menores, ésta se ha atribuido a la progenitora materna. Estas decisiones se han sustentado, en muchos de ellos, en el historial de cuidados, en la especial vinculación materno-filial, en la voluntad de los y las menores sobre todo cuando tiene una edad próxima a la mayoría de edad y generalmente han contado con el informe favorable del Equipo psicosocial, como así lo confirman, entre otras muchas, la SAP de Bizkaia de 19 de diciembre de 2018 (Roj. SAP BI 2243/2018), o la SAP de Gipuzkoa de 12 de noviembre de 2018 (SAP SS 1363/2018).

4.3. Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios

La ruptura de los progenitores exige, asimismo, que la resolución que ponga término al procedimiento cuantifique y determine la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los hijos e hijas. La ley vasca lo regula en el artículo 10 LRF. Lo hace desde una triple perspectiva, en opinión de la SAP de Álava de 21 de septiembre de 2018 (Roj. SAP VI 1154/2018): ha de determinarse la contribución de cada progenitor al sostenimiento de las cargas familiares y la pensión de alimentos, ha de definirse la proporción en que los progenitores deben contribuir a las necesidades extraordinarias y ha de establecerse la periodicidad, forma de pago y bases de actualización de todo ello.

La experiencia práctica nos enseña que el tipo de custodia que se acuerde (compartida o exclusiva) incidirá directamente en el *quantum* de la pensión de alimentos para los hijos e hijas que se fija. Así, el establecimiento de una custodia monoparental conlleva, tal y como señala la SAP de Bizkaia de 19 de diciembre de 2018 (Roj. SAP BI 2243/2018) que la contribución alimenticia del progenitor no custodio deba ser incrementada por cuanto que "*tanto la alimentación strictu sensu como la necesidad de vivienda serán satisfechos en su totalidad por la progenitora custodia".*

Por el contrario, en los casos en los que se establece la guarda y custodia compartida, tal y como recoge la SAP de Bizkaia de 28 de diciembre de 2018 (Roj. SAP 2262/2018) lo habitual es que cada uno de los progenitores asuma los gastos derivados de la estancia respectiva de los y las menores (así, habitación, alimentación, vestido, calzado etc.).

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

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

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

4.4. Régimen de comunicación y estancia.

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

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

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

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

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

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

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

Proceder insistir en que, desde el principio del interés superior del menor, la decisión sobre la eventual privación debe ser entendida desde la perspectiva, ante todo y sobre todo, de la privación al menor de su derecho, y no de una privación al progenitor "incurso", aunque ambas vayan de la mano. Es por tanto perfectamente normal que la privación total del derecho del menor a mantener contacto, visitas o relación con sus progenitores, o con las familias de estos, sea muy excepcional y que deba estar fuertemente motivada desde la propia perspectiva del menor, y de su seguridad y bienestar psicológico, con independencia de los actos que dicho progenitor haya podido realizar contra la propia madre o contra otras personas (nótese que alguien puede estar condenado por actos de violencia de género contra una persona, por ejemplo, con la que se ha tenido una relación anterior, y tener una familia y descendencia con otra). Y, además, porque, desde este punto de vista y frente a la suspensión o privación, pueden priorizarse aquellas otras medidas menos restrictivas (las modulaciones, cautelas, limitaciones y prevenciones a las que antes hacíamos referencia) que, permitiendo un control o supresión de los posibles riesgos que para el bienestar físico o psicológico del menor puedan derivarse del contacto con aquél progenitor implicado en un procedimiento de violencia de género, permitan no obstante mantener para el menor aquellos beneficios inherentes a todo contacto sano (y si fuera necesario, controlado) del menor con ambos progenitores, particularmente en aquellas fases más tempranas de su desarrollo.

Los apartados 3, 4 y 5 del artículo 11, fueron objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera instancia e instrucción núm. 2 de Eibar, sustanciada bajo el número 2764-2017, por posible contradicción con el art 149.1.8 CE[9]. La cuestión de inconstitucionalidad fue

[9] Atendiendo a los hechos relevantes del caso, tal y como los relata el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de Julio de 2018, el 30 de septiembre de 2016, don J.E.B.C. presentó demanda de divorcio contencioso frente a su cónyuge doña M.T.B.C. De las dos hijas del matrimonio, una era ya en esa fecha mayor de edad, y la otra, nacida el 3 de diciembre de 2007, era y es a día de hoy menor de edad. El demandante

inadmitida por Sentencia 77/2018 del TC en razón a la inadecuada formulación del juicio de relevancia. Ceñido el análisis al art. 11.3 de la LRF, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de Julio de 2018[10] vino a afirmar que:

---

solicitó, entre otras medidas provisionales, la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad. Con fecha 20 de enero de 2017, conforme al art. 49 bis LEC, la representante procesal de la ahora demandante solicitó la inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (UP AD de Primera Instancia e Instrucción n• 2 de Eibar), que habla iniciado Diligencias Previas (núm. 344/20 16) a raíz de la denuncia presentada por la misma el 7 de septiembre de 2016 contra su marido, por agresión fisica y malos tratos psicológicos habituales. Por Auto de 3 de febrero de 2017 se acordó la inhibición, dejando sin efecto el señalamiento previamente acordado para la vista de la pieza de medidas cautelares. El 24 de abril de 2017 se celebró, por el órgano judicial competente, la vista de medidas provisionales coetáneas núm. 4/2017 (proveniente del procedimiento de divorcio contencioso núm. 55/2017). Durante dicha vista, las partes comunicaron que hablan alcanzado un acuerdo acerca de las medidas a adoptar de forma provisional, acuerdo que se halla unido a las actuaciones. Constando al órgano judicial el auto de transformación en procedimiento abreviado (Diligencias Previas núm. 344/2016) por la posible comisión por el Sr. B. C. de un presunto delito de lesiones, comunicó a las partes que, en aplicación del art. 92.7 del Código Civil (en adelante CC), no era posible homologar dicho acuerdo, al vedar dicho precepto la posibilidad de conceder (incluso provisionalmente) la custodia compartida de la hija menor cuando uno de los progenitores está en inmerso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la integridad fisica del otro. Las partes invocaron el art. 11.3 de la Ley vasca 7/2015, que permite conceder la guarda y custodia compartida siempre que no haya condena penal por sentencia firme. El Ministerio Fiscal se opuso a la custodia compartida, ante la investigación en curso del citado delito de lesiones.

En esa tesitura, el órgano judicial estimó que resultaba esencial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que esencialmente basaba en la supuesta falta de competencia de la Comunidad Autónoma para regular esta en el ámbito del Derecho de familia, concretamente sobre los efectos personales o familiares derivados de la ruptura de la relación conyugal respecto de los hijos comunes menores de edad, de forma contradictoria con el art. 92.7 CC, porque se trata de una materia que, según el entendimiento del Juzgado (contrario a la opinión de las partes y del Ministerio Fiscal en el mismo procedimiento), viene atribuida de forma exclusiva al Estado por el art. 149. 1.8 CE.

El abogado del Estado, tras formular las alegaciones que estimó oportunas, solicita la estimación de la cuestión. La representación letrada de Parlamento vasco y del Gobierno vasco, por su parte alegaron en defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma para intervenir legislativamente en esta materia, solicitando consiguientemente la inadmisión o subsidiariamente la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Finalmente, el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones, alegó que sobre la distribución de competencias sobre legislación civil existe una abundante doctrina constitucional, reiterada y uniforme, que, sobre normas de semejante contenido a la aquí cuestionada, se encuentra recogida en las SSTC 8212016, 110/2016 y 192/2016, dictadas para resolver otros tantos recursos de inconstitucionalidad, y que acaba de ser reiterada una vez más en la STC 9512017, FJ 3, cuya aplicación al caso conduce de manera inexorable a la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad. No obstante lo cual, ante la ausencia de disposición foral autonómica que tenga por objeto la regulación de las relaciones paterno-filiales, resulta imposible invocar título competencial alguno que permita justificar su conservación, mantenimiento o desarrollo, por lo que se debe declarar la inconstitucionalidad y, por consiguiente, la nulidad de la norma cuestionada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ante estos planteamientos, vino a entender que no había quedado satisfecho el juicio de aplicabilidad y relevancia en relación con el art. 11.3 de la Ley 7/2015, pues lo razonado por el órgano promotor no resultaba suficiente para justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez del citado precepto legal, por lo que no se trataría ya de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015, FJ 3)" (F J 2). Razón por la cual concluye inadmitiendo la cuestión de constitucionalidad.

[10] STC 77/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189, de 6 de agosto de 2018)

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

función jurisdiccional" (STC 185/2012, FJ 8). En el mismo sentido, para el Tribunal Supremo el principio del superior interés del menor es materia de orden público e implica que puede el Juez resolver de oficio sin estar sujeto al principio de rogación ni a la conformidad de las partes, de forma que puede rechazar los pactos alcanzados si son perjudiciales para el menor (entre otras, SSTS de 9 de julio de 2003, 30 de julio de 2009, y 15 de junio de 2018)".

La redacción del artículo 11.3 LRF se considera más acertada y acorde con una visión de la realidad que la aplicación imperativa, indiscutible y sin excepciones recogido en el artículo 92.7 CC, tal y como avala la práctica que del referido precepto vienen realizando nuestros Tribunales.

5. Uso y disfrute de la vivienda familiar

Cuando se produce una ruptura una de las medidas que mayores dificultades y controversias suele suscitar tiene que ver con la atribución del uso de la vivienda familiar y el sostenimiento de las cargas del mismo.

El legislador vasco, consciente de ello, ha reservado el Capítulo V de la LRF a su regulación. Son tres los criterios generales de atribución del uso de la vivienda familiar previstos: 1) Lo que resulte más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas comunes; 2) la mayor necesidad de uno de los miembros de la pareja frente al otro; 3) La titularidad de la vivienda. En principio se trata de criterios que sirven más de apoyo interpretativo para la decisión de la Juzgadora que de criterios determinantes.

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

Sin embargo, la anterior regla general, quiebra en los casos de guarda y custodia compartida. En estos casos, una opción es el uso alterno de la vivienda familiar por parte de los progenitores durante el tiempo que desempeñan la custodia, siendo los progenitores quienes se mueven de una casa a otra mientras los menores permanecen en la que fuera vivienda familiar. Este

sistema de uso denominado “casa nido” ha sido fuertemente criticado tanto por la doctrina científica como por la doctrina jurisprudencial, puesto que suele generar problemas de convivencia entre los progenitores y también entre éstos y los hijos e hijas sobre todo cuando llegan a la adolescencia.

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

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por razones de necesidad, así como en el supuesto de custodia compartida con “casa nido” está sujeta a un plazo temporal máximo legal de 2 años. Este plazo podrá ser *“susceptible de prórroga”* en los términos legales previstos (artículo 12.5 LRF). La ley habla de “prórroga” en singular. De su dicción literal parece inferirse que sólo cabe solicitarla una única vez. La ley vasca no define el tiempo máximo que deberá tener esa prórroga, sin embargo, los Tribunales vienen entendiendo que dicha prórroga no puede durar más que el propio plazo principal.

El artículo 12.7 LRF dispone que en caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta fuera privativa del otro o común de ambos, “*se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario”.* A pesar del carácter imperativo del precepto, la interpretación que en el período al que se contrae este informe vienen realizando los Tribunales vascos es que para que la sentencia fije una compensación por el uso a favor del progenitor privado del uso de la vivienda familiar, debe haber una “*petición expresa*”, por tratarse de una cuestión sometida a justicia rogada (art. 216 LEC), debiendo justificarse no sólo los ingresos de ambos progenitores, sino también las características de la vivienda familiar y los precios de alquiler que se abonen en la localidad, o incluso en el mismo barrio o zona, por otras viviendas de características semejantes a ella, tal y como señalan, entre otras muchas, la SAP de Donostia de 30 de enero de

2018 (Roj. SAP SS 50/2018), la SAP de Donostia de 10 de julio de 2018 (Roj. SAP SS 821/2018) o la SAP de Bizkaia de 16 de noviembre de 2017 (Roj. SAP BI 224572017).

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

Los apartados 11 y 12 del artículo 12 están dedicados a las causas de extinción del derecho de uso y a los procedimientos judiciales a seguir en cada caso, delimitando cuando pueden hacerse valer en ejecución de sentencia (lo que simplifica y agiliza su tramitación) y cuando debe instarse un procedimiento de modificación de medidas. Su regulación constituye una novedad y un gran avance. No obstante, parte de la doctrina científica considera excesivo tener que acudir a un procedimiento de modificación de medidas para instar la extinción del derecho de uso de la vivienda cuando el beneficiario contraiga matrimonio ya que bastaría la aportación de la certificación literal de matrimonio del Registro Civil para su acreditación indubitada. En su opinión, lo más acertado hubiera sido que éste concreto supuesto pudiera hacerse valer, también, en ejecución de sentencia.

6. Disposición Transitoria

La ley vasca incorpora una única Disposición Transitoria. En ella se admite la posibilidad de que las medidas definitivas adoptadas antes del 10 de octubre de 2015, conforme a la legislación anterior, puedan ser revisadas a petición de alguna de las partes o del Ministerio Fiscal y, en su caso, adaptadas a la nueva normativa vasca.

Se trata de una previsión legal especial, singular, que posibilita por tanto una modificación de medidas de forma diversa a los condicionantes previstos en los artículos 5, 7 y 13.4 LRF, o de los exigidos en los artículos 90.3 y 91 CC. Esto es,

la referida Disposición transitoria posibilita la modificación de medidas definitivas sin que se precise la acreditación de la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

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

El legislador vasco no ha establecido plazo para solicitar dicha revisión, pero sólo podrá invocarse y hacerla valer una sola vez.

Esta previsión ha permitido, en determinados casos, la modificación del régimen de custodia monoparental pasando a establecerse un régimen de custodia compartido (SAP de Bizkaia de 28.12.2018 –Roj. SAP BI 2262/2018-; SAP de Bizkaia de 30.10.2018 –Roj. SAP BI 1932/2018-; SAP de Gipuzkoa de 26.12.2017 –Roj. SAP SS 1009/2017, entre otras) en otros casos, ha contribuido a la ampliación del régimen de visitas del progenitor no custodio (SAP de Gipuzkoa de 29 de diciembre de 2017 (Roj. SAP SS 1012/2017). No todas las peticiones de revisión han prosperado. Se analiza cada caso y en función de las circunstancias concurrentes se acuerda la revisión o se desestima la petición de modificación de medidas al amparo de la Disposición Transitoria.

3. CONCLUSIONES

El análisis pormenorizado de la situación del Derecho civil vasco tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco objeto del presente informe, centrado en la aplicación práctica de las instituciones más representativas y singulares que lo integran, desde la visión práctica que nos ofrecen los operadores jurídicos en Euskadi, en el período comprendido entre 2015-2018, permite extraer las siguientes conclusiones:

1. En general, la experiencia de la reciente evolución del Derecho civil vasco, a partir de la entrada en vigor de la LDCV, puede valorarse positivamente.

2. A la vista de los datos recabados, cabe apuntar una importante revitalización de las ramas del Derecho civil vasco más vinculadas con el Derecho de familia.

3. Euskadi tiene cerca de 62.500 parejas de hecho registradas, siendo la mayor parte de ellas conformada por uniones heterosexuales.

4. Las parejas de hecho vascas optan, mayoritariamente, por someter sus relaciones económico-patrimoniales al régimen de separación de bienes del Derecho civil común.

5. El análisis de los datos estadísticos de las parejas de hecho ha revelado que en los mismos no incluyen los datos de vecindad de los solicitantes, aunque este requisito sea comprobado por parte de las personas responsables del Registro de Parejas de Hecho de Euskadi antes de autorizar su inscripción y acceso al Registro. Es por ello que se sugiere a la Dirección de Política Familiar y Diversidad y, en particular a los y las responsables del Registro de Parejas de Hecho, que incluyan en sus estadísticas los datos de la vecindad civil de los solicitantes y de la nacionalidad, en su caso, y cuantos otros puedan resultar de interés al amparo del Reglamento (UE) 2016/1104 sobre uniones de hecho registradas.

6. Los Tribunales vienen aplicando con normalidad la LPH, no habiéndose detectado en su aplicación ninguna disfunción reseñable. El análisis jurisprudencial ha permitido constatar que los aspectos que mayor litigiosidad suscitan ante las Audiencias Provinciales tienen que ver con la liquidación de los bienes comunes en los casos de ruptura de la pareja de hecho. En el caso del TSJPV los casos por ella resueltos están centrados, mayoritariamente, en órdenes de expulsión y solicitudes de pensiones de viudedad por parte del miembro superviviente de la pareja de hecho.

7. La polémica sobre el carácter ganancial de las adquisiciones de bienes inmuebles hechas por parejas de hecho al amparo del régimen de sociedad de gananciales y su acceso al Registro de la Propiedad sigue sin estar definitivamente resuelta. Por ello cabría plantearse alguna intervención legislativa que, dentro de los parámetros competenciales que corresponden al legislador vasco, deje claro cuál es la eficacia del referido pacto, y si para ello es necesario algún requisito adicional a la inscripción en el Registro de Parejas de hecho, al amparo de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio, que ha venido a incidir en materia de los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

8. La Exposición de Motivos de la LPH continúa aludiendo a la "vecindad administrativa" como punto de conexión de aplicación de la ley, cuando tras la reforma de su artículo 2 introducida por la LDCV, éste ha pasado a ser la "vecindad civil vasca". Asimismo, el artículo 6.2.c) debe ser objeto de revisión para adecuar las previsiones del derecho del superviviente en caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento a la LDCV. Por último, el artículo 9 LPH se remite a la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, cuando ésta ha sido derogada por la LDCV. Todos estos aspectos deberán ser tenidos en cuenta por el legislador cuando decida abordar la revisión de la regulación vasca de las parejas de hecho.

9. La articulación de la vecindad civil vasca ha permitido la aplicación práctica de las instituciones civiles propias de nuestro Derecho civil vasco, a excepción de aquellas que resultan de aplicación local, a los tres Territorios Históricos y, además, posibilitará el desarrollo orgánico de nuestro ordenamiento jurídico civil.

10. La vecindad civil vasca y la vecindad civil local son el punto de conexión esencial para resolver los conflictos de leyes inter-locales que se producen en el interior de la CAPV, derivados de la pluralidad legislativa coexistente.

11. El reflejo y constancia de la vecindad civil vasca y de la vecindad civil local de cada persona en los instrumentos públicos que se otorguen, viene a significar una mayor información, garantía y seguridad en la realización de los negocios jurídicos.

12. No se aprecian incidencias o conflictos jurídicos significativos por la atribución automática de la vecindad civil vasca, siendo pacífica, hasta el momento, la interpretación y aplicación de las Disposiciones Transitorias previstas en la ley.

13. La LDCV ha promovido una mayor conciencia por parte de la sociedad vasca del fenómeno de la sucesión hereditaria y de la libertad civil a la hora de regularla, lo que ha hecho que la utilización del testamento y del pacto sucesorio se haya incrementado, tal y como corresponde a una sociedad avanzada y culta.

14. La libertad civil vasca va recuperando poco a poco su lugar en el Derecho de sucesiones de la CAPV, lo que se manifiesta en los despachos profesionales a la

hora de planificar la herencia y elegir una estrategia sucesoria adecuada al perfil y la situación tanto del individuo como de la familia al que este pertenece.

15. La libertad civil vasca sigue modulándose como un elemento fundamental a la hora de transmitir el patrimonio social, transmisión que no se deja al albur de la ley, sino que se regula de forma minuciosa, ya que, en el caso de la LDCV, el fundamento de la sucesión testada y especialmente la legítima no es tanto la solidaridad intergeneracional como la transmisión del patrimonio familiar, poniendo el acento en los titulares de ese patrimonio y la confianza existente entre ellos.

16. El Derecho de sucesiones recogido en la LDCV ha tenido como efecto fundamental reconocer al titular de los bienes, un ámbito de actuación cada vez más amplio y menos constreñido por legítimas o frenos en su sucesión, lo cual se proyecta cara al futuro como un elemento importante que puede servir incluso para enfocar el tema de la troncalidad vizcaína.

17. La experiencia de estos años muestra que un sistema de libertad civil en materia de sucesiones, si se aplica en una sociedad formada y moderna, resulta mucho más eficaz socialmente que un sistema más rígido de transmisión obligatoria de bienes a través de la sucesión hereditaria.

18. La experiencia académica y profesional acumulada durante estos años, así como el caudal de conocimientos teóricos generados en torno al Derecho de sucesiones en la LDCV, suponen una base imprescindible para su desarrollo posterior que exige una profundización tanto en el análisis de las instituciones como en su operatividad.

19. La Comisión de Derecho civil vasco deberá analizar y preguntarse si sigue teniendo sentido social, incluso sentido jurídico, la institución de la troncalidad para la protección del patrimonio, individual o colectivo, de la familia y de la empresa, en la sociedad actual del siglo XXI.

20. El principio de la libertad civil es una de las fuentes del Derecho civil vasco y característica fundamental del ordenamiento jurídico privado vasco, que permite tomar decisiones dirigidas a mantener la unidad del patrimonio familiar y de las empresas y explotaciones profesionales. Su convivencia con las diferentes limitaciones a la libre disposición de bienes y derechos hoy vigentes, como las legítimas, la troncalidad y las reservas, debe evolucionar

progresivamente hacia un ejercicio responsable de mayor libertad como lo ha hecho el legislador vasco, para lograr una verdadera eficacia social de las leyes como objetivo de la actividad legislativa.

21. La protección del patrimonio familiar, de su unidad y de su continuidad en el seno de la familia tradicional como contribución a su estabilidad y mantenimiento ha sido principio, valor y seña de identidad de un sistema jurídico perfectamente arraigado en la población vasca y se ha manifestado en costumbres, ritos y mitos, así como en actividad económica, comercial y profesional hasta nuestros días. Hoy, los elementos que constituyen la institución de la troncalidad, su estructura, mecanismos y organización han evolucionado y el arraigo social está cuestionado, siendo necesario un análisis sereno sobre su futuro inmediato.

22. La empresa familiar, la economía social y las explotaciones profesionales que hoy constituyen una parte importante del tejido económico vasco, con importante liderazgo e iniciativa empresarial, pueden encontrar en los principios y valores desarrollados por la institución de la troncalidad un apoyo jurídico para la constitución de la unidad, mantenimiento y transmisión de titularidades que las hagan realmente viables y eficaces en su actividad.

23. Y para lograr estos y otros objetivos de aprovechamiento, evaluación y actualización de esta institución –la troncalidad- y de otras que constituyen el fundamento de nuestro ordenamiento jurídico privado, el Parlamento Vasco dispone de competencia legislativa suficiente para continuar con esa facultad y mandato de conservación, modificación y desarrollo de nuestro Derecho, ratificado por la jurisprudencia del TSJPV y del TC.

24. El análisis jurisprudencial de la LRF evidencia que las resoluciones judiciales de nuestros Tribunales, en su fundamentación jurídica, contienen invocaciones tanto a la LRF como al CC en aquellos ámbitos en los que la ley vasca cuenta con regulación propia, cuando lo correcto sería aplicar una u otra ley en función de la concurrencia del punto de conexión previsto en nuestro ordenamiento jurídico propio. Lo anterior confirma se ha se seguir realizando una labor de difusión del Derecho civil vasco entre los operadores jurídicos.

25. El aumento sostenido del número de expedientes tramitados, tanto por el servicio de mediación extrajudicial como por el servicio intrajudicial, confirman la consolidación de la mediación en Euskadi como forma de resolución de conflictos del ámbito familiar. En todo caso, se recomienda a los servicios de

mediación extrajudicial e intrajudicial que, en el ámbito de aplicación de la LRF, utilicen los mismos indicadores para facilitar la evaluación de su intervención.

26. La regulación de la custodia compartida ha supuesto, de facto y vía interpretación y aplicación de los tribunales, la instauración de un modelo preferente de custodia compartida. Su no aplicación exige una demostración de un perjuicio para el o la menor y por causas graves.

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

28. La introducción de la compensación por el uso de la vivienda, con todas las críticas que puedan hacerse respecto de la redacción del artículo 12 para su mejoría técnica, ha supuesto un avance legislativo que ha permitido a los operadores jurídicos utilizar este mecanismo como modo de establecer fórmulas de uso más equitativas.

29. La Comisión de Derecho civil vasco insiste en la importancia que tiene, para el desempeño de las funciones que tiene encomendadas este órgano, que le sean facilitados datos estadísticos fiables, con los datos segregados adaptados a las instituciones propias del Derecho civil vasco.

30. Por último, el conocimiento y divulgación del Derecho civil vasco que afectan tan directamente a las relaciones personales y familiares de la sociedad vasca es necesaria. El impulso de las Administraciones Públicas Vascas en su difusión y divulgación será la garantía para su aplicación práctica y verdadera eficacia social.

En Vitoria Gasteiz a 30 de junio de 2021