

JADO

Boletín de la Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria

AÑO XIII. NÚMERO 26
XIII. URTEA. 26. ZENBAKIA

ENERO-DICIEMBRE / URTARRILA-ABENDUA
2014



ACADEMIA VASCA DE DERECHO
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA

JADO es el boletín de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia. Se edita con carácter semestral, y recoge los trabajos y actividades de la Academia. La correspondencia con JADO debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

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

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

JADO da Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria. Sei hilik behin argitaratzen da, eta bertara biltzen dira akademiaren lanak eta jarduerak. JADO aldizkariarekin posta trukez aritzeko, akademiaren idazkaritzara jo behar da.

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

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

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

Academia Vasca de Derecho
Zuzenbidearen Euskal Akademia
Recalde zumarkalea, 8. zk., 1, eskuina – 48009 Bilbo
Tlf.: 94 425 57 15 secretaria@avd-zea.com

Diseño / Diseinua
www.ikeder.es

ESTA REVISTA SE INCLUYE SISTEMÁTICAMENTE EN LAS BASES DE DATOS DIALNET Y LATINDEX
ALDIZKARI HAU "DIALNET" ETA "LATINDEX"IZENeko DATU-BASEETAN BARRURATUTA DAGO

SUMARIO / AURKIBIDEA / TABLE OF CONTENTS

ESTUDIOS / AZTERLANAK / FIELD STUDIES

- [7-61] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración.*
- [63-225] SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: *Régimen jurídico de los signos distintivos.*
- [227-273] ARTIACH CAMACHO, Saioa: *El arrendamiento rústico en el Derecho Civil vasco (siglos XVI-XIX). Las obligaciones de los contratantes y las consecuencias de su incumplimiento.*
- [275-326] DE LA QUINTANA IBÁÑEZ, Ortzi: *Las Competencias Municipales tras la modificación del régimen local operada con la aprobación de la Ley 27/2013. Especial referencia a la Comunidad Autónoma del País Vasco y Comunidad Foral de Navarra.*
- [327-356] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: *La Jurisprudencia del Tribunal Superior del País Vasco en Derecho Civil propio. El llamado "Recurso de Casación Foral".*

NOTAS / OHARRAK / EXPLANATORY NOTES

- [359-364] IBARRA ROBLES, Juan Luis: *La Jurisprudencia Civil Foral Vasca.*
- [365-388] ALAMILLOS GRANADOS, Luis Felipe: *La jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre Derecho civil vasco.*
- [389-407] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: *La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos.*
- [409-424] ARRIETA IDIZAKEZ, Francisco Javier: *Lan-esplotazioa.*
- [425-427] ETXEBERRIA MONASTERIO, José Luis: *Crónica de una década de defensa del Concierto Económico vasco 2004-2014.*

BIBLIOGRAFÍA / BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

[429-435] Novedades bibliográficas de la Academia / Akademiaren argitalpen berriak

NOTICIAS DE LA ACADEMIA / AKADEMIAREN ALBISTEAK /
INTERNAL NEWS

[439-451] ORIBE MENDIZABAL, Alkain: *Decimotercera Jornada Práctica sobre el Derecho civil foral del País Vasco.*

[453-463] Selección de noticias de *forulege.blog/forulege.blog*, berri hautatuak.

[467-478] NORMAS DE PUBLICACIÓN / ARGITALPENERAKO ARAUAK
/ PUBLICATION STANDARDS

[481-488] PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO /
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK /
PUBLICATIONS LIST OF THE BASQUE ACADEMY OF LAW

ESTUDIOS
AZTERLANAK
FIELD STUDIES

Una obra jurídica monumental de nuestros días: El *Marco Común de Referencia*. Breve descripción y modesta valoración

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ

Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Deusto

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 13/12/2014

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/02/2015

Resumen: Este trabajo pretende poner de relieve los enormes méritos que, a juicio del autor, reviste el documento cuya denominación en su original en inglés es la de *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Se pondera el gran valor doctrinal del proyecto en cuestión, poniéndose el acento, de manera especial, en la afortunada conjugación de los conceptos y criterios propios del *civil law* con los del *common law*. Examinando el contenido y la estructura del documento, con las obligadas limitaciones de espacio, el autor trata de justificar el calificativo del "monumental" que él atribuye al modestamente llamado *Borrador*.

Palabras clave: Codificación del Derecho civil europeo. Obligaciones y contratos. *Marco Común de Referencia*. Conciliación entre el *civil law* y el *common law*.

* Este texto es la *versión extensa* de la conferencia pronunciada por el autor en la apertura del curso 2014/2015 de la Academia Vasca de Derecho. En Bilbao, el día 28 de octubre de 2014.

Egungo lan juridiko erraldoia: Erreferentzia Marko Bateratua. Azalpen laburra eta balorazio zuhurra

Laburpena: Lan honek azpimarratu nahi du, egilearen ustez, halako agiriaren egundoko merituak; agiri horrek jatorrizko izendazioa du, ingelesez, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Bertan goraipatzen da doktrinaren ikuspuntutik proiektuak duen balioa eta berenberegiz azpimarratzen da zein egoki uztartzen diren bertan *civil law* eta *common law*; are zehatzago, *civil law* delakoak berez dituen kontzeptuak eta irizpideak eta *common law* delakoak dituenak. Agiriaren edukia eta egitura aztertuz gero, kontuan hartuta lan honen luzera mugatua, egilea saiatzen da “erraldoi” izenlagun hori justifikatzen, hain zuzen ere, berak zuhurtasun osoz *Zirriborrea* deitzen duen hori.

Gako-hitzak: Europako Zuzenbide zibilaren kodegintza. Betebeharrak eta kontratuak. *Erreferentzia Marko Bateratua. Civil law* eta *common law* direlakoan arteko uztardura.

A portentous legal text of our times: The Common Frame of Reference. A brief description and humble valuation

Abstract: This paper is intended to highlight the enormous merits, which in the opinion of the author, which the document whose original name in English is the *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* entails. The considerable doctrinal value of the project shall be considered, with an emphasis given, in particular, to the successful convergence of the concepts and criteria inherent to *civil law* with those of *common law*. Examining the content and structure of the document, with the required space constraints, the author tries to justify the adjective of “portentous” which he has given to the document with the unpretentious title of *Draft*.

Key words: Codification of European civil law. Obligations and contracts. Common Frame of Reference. Conciliation between *civil law* and *common law*.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y OBJETO DE ESTA APORTACIÓN. II. PUNTUALIZACIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES. III. ESTRUCTURA DE LA OBRA: UN MUY BIEN CONSTRUIDO *CÓDIGO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS*. IV. LA PECULIAR FORMA DE NUMERAR LOS “ARTÍCULOS” DEL PROYECTO. V. EL GRAN “DESAFÍO”: LA *CONJUGACIÓN* DE LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS DEL *CIVIL LAW* CON LOS DEL *COMMON LAW*. VI. RECAPITULACIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y OBJETO DE ESTA APORTACIÓN

1. Cuando me repuse del sobresalto que me produjo la invitación (aunque no todavía repuesto del compromiso que supone hablar en este foro), me planteé la cuestión de cuál había de ser el tema de mi intervención.

—Parecía claro que tenía que ser una materia marcadamente “académica”. Con todo respeto hacia otras opciones, no podía tratarse de unas palabras propias de las páginas económicas de un periódico.

Deseché enseguida (lo digo en forma jocosa) temas como el fidecomiso de residuo o la servidumbre de paso (aunque esto último cuente con la todavía reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2014, que declara fijar una doctrina jurisprudencial sobre dicha servidumbre).

—Por otro lado, entendí que tenía que tratarse de un tema *nuevo*. Y si era posible, más que nuevo, *actual*.

—Por fin, me pareció que debía tratarse de una materia *de amplio espectro*, en el sentido de sobrepasar los límites de un determinado ordenamiento jurídico. E incluso los límites de nuestras fronteras, tanto estatales como autonómicas.

Sobre esas bases, me decidí por una obra que me ha dado mucho que pensar últimamente y sobre la que sigo trabajando y publicando en los úl-

timos tiempos. Pero debo advertir de que lo que hoy diré está pensado exclusivamente para este acto, aunque limitado a una razonable extensión.

2. El título de mi conferencia recoge mi propósito de que contenga elementos *descriptivos* (o de información) y *valorativos*; esto segundo implica la formulación de algunas opiniones personales sobre el tema desarrollado.

No obstante, no se trata de dos partes diferenciadas, sino que mi intención es intercalar esas opiniones personales al hilo de los diversos apartados en los que divido el examen del magno documento sobre el que voy a tratar.

II. PUNTUALIZACIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

1. El título de esta conferencia habla del *Marco Común de Referencia*. Aunque la advertencia no sea necesaria para los oyentes *avisados*, tengo que hacer la obvia puntualización de que el *Marco Común de Referencia* (MCR) no existe todavía. Más aún, no faltan quienes dudan de que exista alguna vez. Y, desde luego, parece fundada la idea de que probablemente no exista nunca, al menos con el alcance que por parte de ciertos sectores del mundo jurídico europeo quiere dársele.

El *Marco Común de Referencia*, hablando con propiedad, es todavía sólo un objetivo “político” de la Unión Europea. Ese adjetivo de “político” se encuentra varias veces en la *Introducción* de la obra a la que me voy a referir en esta intervención. Dicho de otro modo, es un propósito, un deseo, para muchos una ilusión. El *Marco Común de Referencia*, en sentido estricto, constituye un “plan de acción”, propuesto por la Comisión Europea en dos documentos, de febrero de 2003 y octubre de 2004.

El documento de 2003¹ dijo: “*El presente plan de acción tiene por objeto suscitar reacciones sobre el conjunto propuesto de medidas reglamentarias y no regla-*

¹ COM (2003) 68 final, párrafo 98.

mentarias, así como contribuciones para seguir reflexionando sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo. También pretende continuar el debate abierto, amplio y detallado abierto (sic) por la Comunicación sobre Derecho contractual europeo, con la participación de las instituciones de la Comunidad Europea y de la población, incluidas las empresas, las asociaciones de consumidores, el personal académico y los profesionales de la justicia”.

El documento de 2004² consistió en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulado “*Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*”. Era un programa de actuación, en el que se propusieron los objetivos y otras posibles funciones del MCR. Se establecieron los criterios y el procedimiento para la elaboración del MCR, previendo su adopción por la Comisión para el año 2009. En el Anexo I se determinó la posible estructura del MCR, compuesta por “principios”, “definiciones” y “reglas modelo”, esto es, un sistema de artículos, en la forma propia de un código. En el Anexo II se fijaron ciertos parámetros en relación con un instrumento optativo que debería ser tenido en cuenta durante la ulterior discusión del texto proyectado. Las “reglas modelo” tenían como propósito fundamental el de servir como una especie de “caja de herramientas o guía” de los legisladores.

El año 2007, la Comisión publicó un *Libro Verde*, a modo de revisión del *acquis* en materia de consumo³.

El 23 de septiembre de 2005 se había publicado un informe de la Comisión⁴, titulado “*Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo*”. En él se dispuso la constitución de una *red MCR*, formada por un grupo de expertos de las partes interesadas en él. Se decía que “*su participación garantiza que la investigación tenga en cuenta el contexto práctico en el que se aplicarán las normas,*

² COM (2004) 651 final.

³ De 8 de febrero de 2007, COM (2006) 744 final.

⁴ COM (2005) 456 final.

así como las necesidades de los usuarios”. Añadía el documento que “la selección de los expertos se basó en cuatro criterios: la variedad de tradiciones jurídicas, el equilibrio de los intereses económicos, la experiencia y el compromiso. Se llevó a cabo en dos rondas de evaluación, la segunda de las cuales tenía como objetivo cubrir una serie de carencias iniciales por lo que respecta a la representación profesional y geográfica. En la actualidad, la red está formada por 177 miembros, con una amplia representación de los Estados miembros y las profesiones”.

El Libro Verde, por otra parte, estableció también las reglas de funcionamiento de la red MCR, fijando asimismo las “cuestiones más importantes” que esa red de expertos debería abordar.

2. Cuando me refiero al *Marco Común de Referencia*, hablo de una obra jurídica de formidable categoría (aunque con el modesto título de “borrador”), fruto de la actividad de dos grupos de trabajo, integrados por varias decenas de juristas europeos (en su mayor parte, civilistas) de sobresaliente calidad. Esos dos grupos de trabajo son los que en su denominación en inglés se llaman *Study Group on a European Civil Code* y *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*⁵. Este último grupo de trabajo desarrolló su actividad desde el año 2002. Funcionó de forma casi simultánea a la actividad del otro grupo de trabajo, es decir, el *Study Group on a European Civil Code*; su finalidad era la de sistematización y consolidación del Derecho privado europeo comunitario⁶.

⁵ La palabra “*acquis*” identifica el concepto de *acquis communautaire*, locución utilizada, incluso cuando no se habla o escribe en francés, para dar nombre a lo que en español se conoce como “*acervo comunitario*”. Creo que interesa señalar que la palabra francesa en cuestión ha sido admitida en otras lenguas europeas; por ejemplo, en el acreditado *Diccionario Oxford*, español-inglés, inglés-español, cuarta edición, Oxford University Press, s.d., en el que, por cierto, se atribuye a la palabra (inglesa) *acquis* la misma pronunciación figurada que la que es propia de la lengua francesa.

⁶ Resultado del trabajo del *Acquis Group* fue un texto publicado con el título de *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Munich, Sellier, 2007. Traducido al español por ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “Los principios del derecho contractual comunitario”, *Anuario de Derecho civil*, 2008, páginas 211-239.

Debe tenerse presente que el documento que me ocupa tiene un contenido considerablemente mayor que el que la Comisión Europea tuvo en mente al formular sus propuestas sobre un *Marco Común de Referencia* de 2003 y 2004. Así se anuncia, con la correspondiente explicación, en la *Introducción* de la edición *resumida* de la obra, edición a la que me voy a referir enseguida⁷.

3. A finales de 2009 se publicó la *full edition* de la obra a la que me refiero, escrita en inglés⁸. Se compone de seis gruesos volúmenes, con un total de páginas próximo a las 5.000⁹.

Tiene un título y un subtítulo, pero en realidad es este último el que describe la fisonomía del trabajo. Esos título y subtítulo son, respectivamente, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law and Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

Procede señalar que las siglas del subtítulo (*DCFR*), que corresponden al texto en inglés, son la forma usual de citar el documento, del mismo modo que las tres últimas letras (*CFR*) son las utilizadas comúnmente para dar nombre al *Marco Común de Referencia* en sentido estricto (también siglas del nombre en inglés, las más frecuentes). Por eso, y aunque no me gusta ni hablar ni escribir con siglas, haré uso de ellas de ahora en adelante.

4. La *edición completa* de la obra fue precedida, en primer lugar, de una edición que recibió el nombre de *Interim Outline Edition*¹⁰.

En efecto, era una edición *provisional*, puesto que sólo constaba de siete libros, el primero de ellos titulado “disposiciones generales”, y el último con la rúbrica de “enriquecimiento injustificado”.

⁷ Página 24.

⁸ Existen algunas versiones *oficiosas* (y no siempre completas) a otros idiomas europeos. En español, por ejemplo, VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, coordinador, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch, 2011.

⁹ Munich, editorial Sellier. Localizable en internet, bajo el título de la obra.

¹⁰ De la misma editorial, 396 páginas.

Por otra parte, era una edición *resumida* (o abreviada), puesto que sólo contenía el texto de los artículos propuestos, sin comentario ni anotación ningunos.

En enero de 2009, y por la misma editorial, fue publicada una denominada *edición resumida (Outline Edition)*¹¹.

Las tres ediciones fueron preparadas por los dos grupos de trabajo antes mencionados, siendo editores los profesores Christian Von Bar (Osnabrück), Eric Clive (Edimburgo) y Hans Schulte-Nölke (también de Osnabrück). También se citan como directores, aunque con un papel secundario, una serie de eminentes juristas europeos, entre los cuales destaca Hugh Beale (de Warwick), que desempeñó la función de codirección, junto con el Profesor Lando, en los *Principles of European Contract Law* (el *PECL*, al que enseguida me referiré)¹².

5. El que formalmente es el título *principal* de la obra habla, en sus últimas palabras, de *European Private Law*.

a) La referencia a un *Derecho privado europeo* mueve a pensar que en el ánimo de no pocos juristas europeos está el ambicioso proyecto de, no ya una especie de *Código de obligaciones y contratos*, como es el *DCFR*, sino todo un *Código civil europeo*. En este sentido, es de interés la cita de la obra *Towards a European Civil Code*¹³.

La “aspiración” a un imaginario *Código civil europeo* es ciertamente admirable y, como tal deseo, puede ser compartido. No obstante, hoy me parece una ilusión. En un tono en parte serio y en parte jocosos, el pres-

¹¹ Son 643 páginas.

¹² De hecho, en la *full edition*, los firmantes de la *Introducción* fueron: Christian VON BAR, Hugh BEALE, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE, por este orden.

¹³ Editores HARTKAMP, Arthur, HESSELINK, Martijn, HONDIUS, Ewoud, JOUSTRA, Carla, DU PERRON, Edgar, y VELDMAN, Muriel, obra colectiva, Nijmegen, Kluwer Law International, 2004; como indica su título, este libro alcanza a todo el Derecho civil, es decir, incluye también trabajos sobre el Derecho de familia y de sucesiones, propiedad, sociedades, etc.

tigioso Profesor Hesselink, de la Universidad de Amsterdam, no hace mucho¹⁴, escribió que el objetivo de un *Código civil europeo* es contemplado por unos juristas con entusiasmo, y por otros con *horror*. Me adhiero a este último sentimiento, porque aunque fuera posible, en un plazo no muy largo, un *Código europeo* en la materia que conocemos como *Derecho civil patrimonial* (Derecho de obligaciones y de derechos reales¹⁵), me parece por ahora ilusoria la pretensión de un régimen jurídico *unificado* en otros sectores del Derecho civil. No me resulta fácil imaginar la posibilidad de un régimen único, por ejemplo, en *partes* tan “sensibles”, como se dice ahora, cuales son el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones. Las enormes diferencias culturales que existen entre los países

¹⁴ Martijn HESSELINK: “*The consumer rights directive and the CFR: two worlds apart?*” Publicación del Parlamento Europeo, de febrero de 2009. *Briefing Note* de 13 páginas. Creo oportuno hacer notar que, en ese breve pero luminoso trabajo, el autor intentó, entre otras cosas, y refiriéndose al llamado Derecho de consumo, promover la idea de un régimen *codificado*, frente al sistema fragmentario y sectorial que hoy conocemos. En las *conclusiones* de su trabajo, HESSELINK formuló tres proposiciones: En primer lugar, la propuesta de Directiva y el proyecto de *Marco Común de Referencia* están casi totalmente desconectados. Es una lástima, a la luz de la posibilidad de que el *Marco Común de Referencia* constituya un Derecho de contratos europeo más coherente. En segundo término, la propuesta de Directiva encajaría muy bien en un escenario que condujese a un Código europeo de derechos del consumidor, en una o dos décadas. El Parlamento y el Consejo deberían expresar su posición al respecto. En tercer lugar, el nivel de protección de los consumidores en la Directiva propuesta es significativamente menor que el adoptado en el *Borrador del Marco Común de Referencia*. Por eso, el Parlamento debería utilizar el modelo de las normas del *Marco Común de Referencia* para la presentación de enmiendas a la Directiva proyectada. Aquel proyecto acabó siendo la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modificaron dos directivas anteriores (de 1993 y de 1999) y se derogaron otras dos (de 1985 y 1997). Fue objeto de transposición al Derecho español por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Según el preámbulo de la Ley española, la Directiva de 2011 deroga la normativa europea anterior sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al igual que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

¹⁵ Con la salvedad de ciertas modalidades de *titularidad de bienes* que presentan notables particularidades en algunos ordenamientos nacionales.

de la Unión Europea hacen poco imaginable que ciertos principios o ciertas instituciones de algunos ordenamientos nacionales sean susceptibles de conciliación con los de otros países¹⁶.

También merece mención el objetivo constituido por el llamado *Common core*. En 1968 se publicó el volumen I de una obra cuyo título general es suficientemente expresivo. Se trata de *A Study of the Common Core of Legal Systems*¹⁷, palabras que reflejan bien el propósito que guió a los autores, en el marco de un proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad norteamericana de Cornell. El objetivo era el de tratar de hallar, en efecto, el “núcleo común” que, en relación con una determinada materia jurídica, puede existir en diversos sistemas jurídicos. Desde luego, supera los límites de Europa.

En una línea parecida, aunque habiéndose publicado ya los *Principios de Derecho contractual europeo* y el *Marco común de referencia*, no hace mucho se editó el volumen correspondiente a Derecho de contratos en la serie *Ius commune casebooks for the Common Law of Europe*¹⁸.

Por un camino distinto, desde luego, discurren los *Principios de UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales. Obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se ha dicho de ellos que constituyen uno de los esfuerzos más apreciables para uniformar el Derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales y que pueden ser calificados como una moderna *lex mercatoria* internacional. Su última versión fue publicada en el año 2010.

¹⁶ Es posible que en el llamado *Derecho de la persona* pudiera no haber tantas dificultades, por cuanto se trata de una materia en la que tratados y convenios internacionales han sentado unos principios que, por así decirlo, gozan de una cierta *universalidad*.

¹⁷ El editor de la obra fue SCHLESINGER, Rudolf B., corriendo la publicación a cargo de Oceana Publications, Nueva York.

¹⁸ *Cases, Material and Text on Contract Law*, de BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, RUTGERS, Jacobien, TALLON, Denis, y VOGENAUER, Stefan, Oxford, Hart Publishing, 2.ª edición, 2010.

6. El proceso de redacción del DCFR está muy bien descrito en la *edición resumida*¹⁹. Se dice cómo el documento tuvo sus precedentes en otros (podría decirse preparatorios), formados por un conjunto de trabajos, por así decirlo sectoriales, denominados como “series”. Ese conjunto, constituido por seis volúmenes, tuvieron el título de “*Principles of European Law*” (PEL)²⁰.

Paralelamente, el grupo de trabajo cuyo objeto de estudio era el llamado *acquis* venía realizando sus propuestas por medio de *series* separadas. Esa actividad contribuyó a la tarea de asegurar que el Derecho de la Unión Europea fuera adecuadamente recogido.

Es igualmente digno de mención el hecho de que un grupo de estudiosos, por iniciativa de la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, viniera trabajando sobre el CFR. Su actividad se materializó en un libro de considerable importancia²¹.

b) Por otro lado, en el DCFR no parece existir el más mínimo atisbo de una *cosa* tan extraña como es el tan aireado proyecto de *Código mercantil*, promovido por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación.

En este sentido, pongo de relieve que en el documento que me ocupa no existe ninguna mención a un *Derecho mercantil europeo*. Basta la lectura del cuidadoso índice analítico de la *edición resumida* de la obra²², para observar que la expresión “*commercial*” sólo se utiliza para alguna muy concreta particularidad de lo que nosotros llamaríamos contratos mercantiles. Por ejemplo, el casi aislado artículo III.-3:710, cuando se refiere al concepto de *intereses* en los contratos mercantiles.

¹⁹ Páginas 33-34 y 47-56. En este último lugar, se identifican los grupos de trabajo que condujeron al documento, así como sus integrantes. Con indicación de los miembros de coordinación, compilación y redacción.

²⁰ Así, trabajos sobre la compraventa, el arrendamiento, los contratos de servicios, etc.

²¹ Editores, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, y MAZEAUD, Denis, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich, Sellier, 2008.

²² Páginas 571 a 643.

La palabra “*commercial*” únicamente se incluye en el índice para hacer referencia a “las buenas prácticas comerciales”, concepto que, como me parece obvio, nada tiene que ver con la supuesta particularidad de un Derecho de obligaciones y contratos, por así decirlo, *mercantil*. Esto es, distinto de un régimen común de obligaciones y contratos al que no procede aplicar ningún adjetivo (quiere decir, adjetivo diferenciador)²³.

También debe hacerse notar que no hay referencia alguna a un régimen *específicamente mercantil* del Derecho de obligaciones en proyectos de reforma de carácter *nacional* como son, por ejemplo en Francia, los siguientes: (i) el que se suele identificar como *Proyecto Catala*, remitido al Ministro de Justicia el 22 de septiembre de 2005; se trata de un trabajo titulado “*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 de Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*”²⁴. (ii) A comienzos de los años 2000, se constituyó en Francia un grupo de trabajo por iniciativa de la Academia de Ciencias morales y políticas, bajo la presidencia del profesor François Terré. Su propósito fue también el de recoger ideas en torno a una nueva reglamentación del Derecho de obligaciones, tanto en el ámbito nacional francés como en el de una eventual normativa europea. Consecuencia de dicho objetivo fue un documento titulado “*Propositions de réforme du droit des contrats*”, que se publicó en una monografía colectiva en la que se integraron trabajos sobre aspectos particulares del texto propuesto. Texto propuesto que, en su caso, constituiría una nueva redacción del Libro III del Código civil francés, en su Título I²⁵. (iii) También procede la cita del

²³ Quizás sea la excepción el caso del contrato de *agencia mercantil* (“*commercial agency*”), objeto de la Parte E del Libro IV.

²⁴ V. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, núm. 2, 2007, páginas 621-848.

²⁵ El texto propuesto se encuentra en la obra colectiva que acabo de mencionar. Es decir, en *Pour une réforme du droit des contrats*, director François TERRÉ, París, Dalloz, 2009, páginas 11-33.

Projet de réforme du droit des contrats que la Chancellerie (Ministerio de Justicia) dio a conocer en septiembre de 2008²⁶. Este proyecto tiene por objeto el Título III del Libro III del *Code*. (iv) El Ministerio de Justicia francés dio a conocer otro proyecto, de fecha mayo de 2009, cuyo título es *Projet de réforme du droit des contrats*. (v) El 9 de mayo de 2011 se publicó por el Ministerio de Justicia francés un documento que se sometía a consulta pública. Su denominación es la de *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats*. Consta de dos partes, la primera dedicada al régimen de las obligaciones en general (clases de obligaciones, extinción de la obligación, transmisión de la obligación y prueba de la misma), mientras que la segunda parte trata sobre los cuasicontratos actualmente contemplados por el Código civil francés (gestión de negocios y pago de lo indebido), así como sobre la figura del enriquecimiento sin causa, ahora denominada “enriquecimiento injustificado”.

Lo que intento subrayar con las citas que acabo de hacer es que los proyectos franceses que he mencionado pretenden ser un *régimen único* en la materia que académicamente conocemos como *obligaciones y contratos* sin “conurrencia” alguna con una reglamentación especial para obligaciones y contratos *mercantiles*. Lo cual, por cierto, es coherente con el contenido del Código de comercio del país vecino, cuyos ocho libros (excluyo los dedicados a los territorios de ultramar) se dedican, *exclusivamente*, a materias de innegable carácter *mercantil* (acto de comercio, comerciante, sociedades mercantiles, otras formas de compraventa y cláusulas de exclusiva, libertad de precios, títulos valores, empresas en crisis, jurisdicciones comerciales y organización del comercio y algunas profesiones *mercantiles* reglamentadas)²⁷.

²⁶ El texto consta de 195 artículos, proponiendo la modificación del Libro III del Código francés y sobre todo su Título III, cuya rúbrica es “*les obligations*”. El Subtítulo I versa sobre “*el contrato*”. Los últimos artículos del documento (172 a 195) están redactados a modo de propuesta de reforma de artículos ya existentes del *Code*.

²⁷ Me sirvo de la versión del *Code de commerce* consolidada al 8 de noviembre de 2014 (editada el siguiente día 16).

Por otro lado, creo que también son dignos de mención —a efectos del presente inciso— los casos del Código civil de Québec de 1991 y de Holanda de 1992.

El 18 de diciembre de 1991 fue aprobado el Código civil de Québec, que histórica, técnica y conceptualmente pertenece a la familia del francés²⁸.

Adoptando precisamente el esquema del Código francés, el Libro quinto (“De las obligaciones”) contiene un Título primero sobre las *obligaciones en general*. El Capítulo segundo, sobre el *contrato*, después de dos secciones, la primera con una “disposición general” y la segunda sobre la naturaleza del contrato y algunas de sus clases, contiene una tercera que recae sobre la *formación del contrato* (artículos 1385 a 1424). El Título segundo (artículos 1708 a 2644) contiene la regulación de los llamados “contratos nominados”; por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mandato, el préstamo, el depósito, la sociedad, la transacción, el convenio arbitral, el fletamento y los seguros terrestres y marítimos.

La densa regulación de *obligaciones y contratos* en el Código civil hace que en Québec no exista un Código de comercio. Circunstancia que no impide que ciertas materias “contractuales” estén sometidas a reglamentos especiales; así ocurre, por ejemplo, en relación con los llamados *contratos de consumo*, objeto de una Ley al respecto. Todo ello significa, por lo tanto, que las reglas generales sobre los que podríamos llamar *contratos mercantiles* se encuentran en el Código civil.

Por lo que respecta a Holanda, y como es sabido, el 1 de enero de 1992 entraron en vigor los Libros 3, 5, 6 y 7 del denominado, quizás no con mucha propiedad, *nuevo Código civil holandés*. El Libro 6 es la “Parte general del Derecho de obligaciones”²⁹.

²⁸ Mi fuente es *Le Code civil du Québec. Commentaires du ministre de la Justice*, Québec, Ministerio de Justicia, 1993.

²⁹ Al referirme a esos textos legales, sigo la edición trilingüe (holandés, inglés y francés) publicada, en su título en francés, como *Nouveau Code civil Néerlandais. Le droit patrimonial*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

De acuerdo con el original sistema de revisión del Código holandés, el Código de comercio de aquel país, prácticamente vacío de contenido desde 1934, desapareció totalmente con la terminación del Código civil nuevo. En la nota preliminar a la edición del Código civil que acabo de citar³⁰, se pone de manifiesto cómo sus redactores entendieron que no era adecuado mantener por más tiempo el Derecho civil y el Derecho mercantil en dos códigos separados. Y se señala que en el nuevo Código civil, el Derecho mercantil se incorpora en los Libros 2 (personas jurídicas), 7 (contratos en particular) y 8 (Derecho del transporte).

A mi juicio, la de Québec y la de Holanda sí son una buena forma de legislar.

5. El aparente subtítulo del *DCFR*, al usar la palabra “*draft*”, pone de relieve que se trata sólo de un borrador. O, si se quiere, de uno de los hoy llamados “materiales de trabajo”.

En la *Introducción* de la obra se repite en varias ocasiones –ya lo he dicho– que se trata de un documento *académico*, no *político*³¹. Y como posibles *propósitos* del trabajo se hace referencia a su utilización por la doctrina jurídica y a una también posible fuente de inspiración para los proyectos de modificación o reforma de los códigos nacionales e incluso de las soluciones de casos planteados ante los tribunales³².

³⁰ Página XIV.

³¹ Páginas 10 a 15, sobre todo.

³² Este último objetivo se encontraba ya en el *PECL*. De hecho, los tribunales de los países de la Unión Europea vienen apoyándose con frecuencia, como argumento adicional, en el *PECL*. Para el caso de España, v. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo”, en *Derecho Privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (coordinadores DÍAZ ROMERO, María del Rosario, y otros), Madrid, Civitas, 2008, páginas 453-500. Con anterioridad, también PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios Unidroit y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas”, en *Diario La Ley*, 6725, 31 de mayo de 2007, páginas 1-7.

6. También yo debo justificarme en lo terminológico.

a) En primer lugar, porque en el título de esta conferencia se usa la expresión de “obra jurídica monumental”.

Entiendo que es así, por tres motivos.

(i) La considero monumental por su objetivo.

Teniendo como tiene la obra un carácter puramente académico, se trata de un esfuerzo inspirado por el sugestivo propósito de ser una guía (de ahí su nombre de “borrador”) de lo que quizás algún día pueda llegar a ser un *Código europeo de obligaciones y contratos*.

Es cierto que el objetivo “européista” está pasando por una cierta crisis, sobre todo desde el fracaso de la en su día propuesta Constitución Europea, pero en el terreno del Derecho civil persisten los propósitos de llegar a ese Código europeo, sobre todo a partir de las encomiendas, por parte de la Comisión, de 2003 y de 2004.

Desde luego, la obra que me ocupa no fue la primera en el tiempo. Procede recordar, sobre todo, dos *proyectos* que vieron la luz en la misma línea.

En primer lugar, me refiero a la obra titulada *Principles of European Contract Law (PECL)*. Publicada en el año 2000, fue el resultado del trabajo de la llamada *Comisión Lando*, que fue disuelta a comienzos de 2001³³.

³³ La Haya, Kluwer Law International. Publicado en español como *Principios de Derecho contractual europeo. Parte I y II*, con el subtítulo “Los trabajos de la ‘Comisión de Derecho contractual europeo’, edición: Ole LANDO y Hugh BEALE”, edición a cargo de BARRES BENLLONCH, Pilar, EMBID IRUJO, José Miguel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003. La Parte III se publicó en español, con el mismo título, siendo también los mismos los editores y los responsables de la edición española, Madrid, Consejo General del Notariado, 2007. Esta obra ha sido objeto de abundantes trabajos en español, pero merecen particular atención la traducción y comentarios del libro de Díez-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

El *DCFR* se justifica a sí mismo diciendo que tiene su origen en otro de la Comisión Europea, de 2003, ya mencionado, que se tituló como “Plan de acción para un Derecho de contratos europeo más coherente”³⁴. Y es muy ilustrativo que en la propia portada de la obra se reconozca la inspiración en el *PECL*. Se dice: “*Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*”³⁵.

Después, el *Anteproyecto de Código europeo del contrato*. Elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos. El equipo redactor es conocido como “*Grupo de Pavía*”. Ha trabajado bajo la inspiración del profesor Giuseppe Gandolfi³⁶.

En una breve monografía todavía reciente, traté sobre varios proyectos europeos y nacionales de “unificación” o simple modernización del Derecho de obligaciones, poniendo de relieve las novedades a mi juicio más destacadas. A tal fin, estudié por separado el que llamaríamos *Derecho de contratos* y el *Derecho de la responsabilidad civil*³⁷.

(ii) En segundo término, la obra me parece monumental por su método.

³⁴ Página 4 de la edición resumida de 2009. Es la edición que adoptaré de ahora en adelante, salvo advertencia en contra.

³⁵ De hecho, en la edición a la que vengo refiriéndome se dedica una buena parte (páginas 101 a 130) a establecer las *correspondencias* o *concordancias* entre *PECL* y el propio *DCFR*. No obstante, en la página 24 de la *Introducción* se pone de relieve que la cobertura (o alcance) del *DCFR* es considerablemente más amplia que lo que la Comisión Europea parece que tuvo en mente para la cobertura del *CFR*. Y se añade que el Marco Común de Referencia “académico” no está sujeto a las restricciones del Marco Común de Referencia “político”. Aunque el *DCFR* está vinculado al *CFR*, está concebido como un texto independiente. Los grupos de trabajo comenzaron de acuerdo con la tradición del Derecho de contratos de la Comisión, pero con el objetivo de extender su cobertura. Cuando ese trabajo empezó, no había discusiones políticas sobre la creación de un *CFR*, ni en materia de Derecho de contratos ni sobre ninguna otra parte del Derecho.

³⁶ DE CORES, Carlos, y GANDOLFI, Giuseppe, *Código europeo de contratos*, traducción de DE LOS MOZOS, José Luis, y ROGEL, Carlos, Madrid, Editorial Reus, 2009.

³⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Barcelona, Bosch, 2013.

En la elaboración del *DCFR*, como he dicho, colaboraron dos grupos de trabajo, integrados por abundantes juristas de toda Europa.

Y visto el contenido de la *edición completa* de 2009, queda claro que la metodología utilizada consistió en llevar a cabo, primero, un documentado estudio de los ordenamientos nacionales europeos en materia de Derecho de obligaciones.

Para fundamentar esta afirmación, pongo de relieve el siguiente dato.

Cada uno de los “artículos” (*rules*) de este magno proyecto va seguido de unos *Comentarios* (*Comments*) y de unas *Notes*. Los primeros son una explicación de cada “norma”, frecuentemente ilustrada con ejemplos de *casos*. Esos *casos* de cada *Comment* reciben la gráfica denominación de *illustrations*. Más adelante aludiré a alguna institución concreta. Esas *ilustraciones* dotan a la obra de un gran valor, por dos motivos: en primer lugar, porque permiten conocer la raíz o el fundamento de cada artículo; y en segundo término, porque de ese modo el *DCFR* adquiere un muy marcado carácter “*didáctico*”.

Las *Notas* son una descripción de cómo está regulada la materia de cada artículo en los ordenamientos nacionales europeos (los de la Unión Europea y otros). Esto último es un material de altísimo valor en el terreno de la investigación jurídica, pues, por citar un ejemplo, en la “nota” correspondiente al artículo del *DCFR* sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa, se encuentran breves descripciones del régimen en el Derecho español, en el alemán, en el polaco, en el húngaro, en el griego, etc.; con abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales, también de cada país. Como es obvio, esas referencias a los ordenamientos *nacionales* han de tomarse con las reservas propias de cualquier opinión doctrinal; además, se trata de resúmenes que no podían ser demasiado extensos.

(iii) En tercer lugar, la obra merece ser calificada de monumental por su resultado, esto es, por su contenido.

Pero de este extremo me ocuparé a continuación, al referirme a la estructura del trabajo.

b) Y, desde luego, la obra es *actual*. Tan actual, que realmente se encuentra en proceso de reelaboración o de perfeccionamiento, según se desprende, entre otras cosas, de su propio nombre de *borrador*.

III. ESTRUCTURA DE LA OBRA: UN MUY BIEN CONSTRUIDO CÓDIGO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. El trabajo que me ocupa³⁸ tiene dos partes significativas. Una primera es la *Introducción*³⁹, donde los editores se refieren al significado del *DCFR*, a sus objetivos y a su contenido.

Es en el último de esos subapartados donde se alude a los *Principios*, palabra que forma parte del título de la obra.

En la *Introducción* del trabajo se hace referencia al significado de la palabra *principios*, que ya se había adoptado en el título del documento conocido como *PECL*. Tal expresión puede entenderse como sinónimo o equivalente a reglas que no tienen fuerza de ley. Y por *principios* pueden también entenderse aquellas reglas que tienen una naturaleza mucho más general, como son las de libertad contractual o buena fe⁴⁰.

Y más adelante⁴¹ se pone de manifiesto que la decisión finalmente adoptada fue la de tener en consideración tanto unos principios que podríamos calificar como *subyacentes* (en inglés, *underlying*) cuanto otros principios que se podrían denominar *fundamentales* o *primordiales* (en inglés, *overriding*).

³⁸ Sigo refiriéndome a la *edición resumida* de 2009.

³⁹ Páginas 1 a 47. Esa *Introducción*, después de una descripción de carácter general, versa sobre los propósitos del documento, su contenido, la revisión de la edición *resumida provisional*, la cobertura (o alcance, u objeto) del *DCFR*, su estructura y su lenguaje, sus relaciones con otros documentos anteriores, el modo en el que el *DCFR* puede ser usado como un trabajo preparatorio para el *CFR* y sobre el desarrollo de la edición *resumida* que vengo citando en este trabajo.

⁴⁰ Página 9.

⁴¹ Páginas 13 a 18.

Los *principios subyacentes* son los inspiradores de cada “artículo” del documento, de forma que pueden ser detectados en la regla o reglas contenidas también en cada artículo⁴².

Por el contrario, los *principios fundamentales* tienen una naturaleza altamente política. Y dentro de ellos están el de protección de los derechos humanos, promoción de la solidaridad y responsabilidad social, la preservación de la diversidad cultural y lingüística, la protección y promoción del bienestar y la promoción del mercado interior⁴³.

El propio documento⁴⁴, en su apartado de “Principios”, se cuida de explicar con pormenores el significado y la manifestación –en el texto– de los llamados *principios subyacentes*, de forma que los de libertad, seguridad, justicia y eficiencia se ilustran con su aplicación a diferentes materias de las que constituyen objeto del documento (por ejemplo, en el ámbito contractual, en el de las obligaciones no contractuales y en el de la propiedad).

2. En la tan repetida *Introducción* de la obra, se exponen los criterios que se adoptaron para estructurar el DCFR⁴⁵.

Como he señalado más arriba, los redactores se inclinaron por tomar como modelo la estructura que en los códigos europeos se adopta en la reglamentación de lo que conocemos como *obligaciones y contratos*. Esto es, la fórmula de comenzar con los conceptos de carácter general (la obligación y el contrato, aunque no siempre en este orden), para luego desarrollar la regulación específica de determinados contratos y la de figuras que, arrancando en realidad de la compilación justiniana, hemos venido conociendo con las denominaciones de *cuasicontratos y cuasidelitos*.

⁴² En la página 13 de la *edición resumida* se lee: *These are the principles which are all-pervasive within the DCFR. They can be detected by looking into the model rules. They are underlying principles. They furnished grounds for arguments about the merits of particular rules.*

⁴³ En la página 14 se advierte de que también desempeñan su papel principios como los de libertad, seguridad, justicia y eficiencia.

⁴⁴ Páginas 57 a 99. En la *edición completa*, versión internet, son las páginas 47-77.

⁴⁵ Páginas 25 a 29.

Enseguida aludiré a algunas particularidades que el *DCFR* presenta, en relación con el *modelo* constituido por los códigos inspirados en el francés.

Y cuando en la *Introducción* se explica la estructura de la obra, se hacen también observaciones sobre el cuidado puesto en materia de lenguaje. Se enfatiza el propósito de hacer uso de una redacción accesible e inteligible, objetivos que, a mi juicio, se han alcanzado de forma muy meritoria. Ha ayudado al respecto, sin duda, el gran esfuerzo hecho en la “definición” de los conceptos, extremo al que pronto voy a referirme⁴⁶.

3. El “articulado” se estructura en diez Libros, con los siguientes epígrafes o rúbricas:

I. *Disposiciones generales.*

Considero de interés destacar algún extremo:

El artículo I.-1:101, en su apartado 1, dispone que las *rules* pretenden ser utilizadas principalmente en relación con contratos y otros actos jurídicos, derechos y obligaciones contractuales y no contractuales y materias relacionadas con la propiedad. El apartado 2 establece un elenco de cuestiones que quedan fuera del campo de aplicación del documento. Luego siguen algunas definiciones, de particular relieve. El artículo I.-1:110 versa sobre cómputo de plazos.

II. *Contratos y otros actos jurídicos.*

Vendría a corresponderse con el Título II del Libro IV de nuestro Código civil. Es decir, la *teoría general del contrato*.

⁴⁶ Aunque sea adentrándome en un terreno delicado, considero que el inglés en el que la obra está escrita es especialmente asequible, en la medida en que su lenguaje es muy *lineal*, con párrafos en general cortos, con escasas oraciones subordinadas y muy cuidadoso en no abusar de los sinónimos que dificultarían la comprensión de un lector que no fuera un perfecto anglófono.

Antes he señalado que, en su estructura y en su sistemática, el documento revela una clara inspiración en los desarrollos doctrinales constituidos por tratados y manuales de *Derecho de obligaciones y contratos*. Pues bien, con el único propósito de ilustrar esa apreciación reproduzco a continuación, a modo de ejemplo, la estructura interna de este Libro II⁴⁷.

Su Capítulo 1 se dedica a “disposiciones generales”, principalmente orientadas a fijar conceptos que habrían de utilizarse en lo sucesivo. El Capítulo 2 versa sobre la “no discriminación”. El 3 se dedica a negociaciones previas (o tratos preliminares, según nuestra terminología) y a los deberes precontractuales (dividido en cinco secciones). El Capítulo 4 tiene por objeto la *formación* del contrato, con secciones sobre disposiciones generales –de nuevo fijación de conceptos–, oferta y aceptación y “otros actos jurídicos”. El Capítulo 5 reglamenta el llamado *derecho de desistimiento* (en el pasado denominado a veces en español como *derecho de arrepentimiento*⁴⁸). El Capítulo 6 trata sobre la representación. El 7 trata sobre “motivos de invalidez”, con una sección sobre disposiciones generales, otra sobre lo que denominamos *vicios del consentimiento* (o de la *intención*), y una tercera sobre infracción de principios fundamentales o reglas imperativas⁴⁹. El Capítulo 8 se refiere a la *interpretación*, con dos secciones; una sobre interpretación de los contratos y la segunda sobre interpretación de “otros actos jurídicos”. El Capítulo 9 recae sobre contenido y efectos del contrato, con cuatro secciones: la primera sobre el *contenido* –con abundantes referencias a las cláusulas o estipulaciones (*terms*)–, la segunda sobre simulación, la tercera sobre efectos de una estipulación en favor de tercero y la cuarta sobre cláusulas injustas (o cláusulas abusivas); en inglés *unfair terms*.

⁴⁷ Adoptando una fórmula que nos es muy conocida, el *DCFR* se divide en libros. Cada Libro se subdivide a su vez en capítulos, secciones y a veces subsecciones.

⁴⁸ En inglés, *right of withdrawal*.

⁴⁹ El concepto de *principios fundamentales* remite a lo que como tales se reconocen en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea.

III. Obligaciones y correlativos derechos.

Se correspondería con el Título I del Libro IV de nuestro Código. Esto es, *teoría general de las obligaciones*.

Por las mismas razones que las expuestas en relación con el Libro II, considero oportuno reproducir los epígrafes o rúbricas de este Libro III. Se observa fácilmente cómo su estructura se parece tanto a la que sería propia de un manual de Derecho civil español, en la correspondiente materia.

El Capítulo 1 es de disposiciones generales, no faltando tampoco un artículo (III.-1:102) relativo a *definiciones*⁵⁰.

El Capítulo 2 se refiere al cumplimiento de las obligaciones, con artículos referentes al lugar de cumplimiento, al momento del mismo, al cumplimiento anticipado, al cumplimiento de las obligaciones alternativas, al cumplimiento encomendado por el deudor a un tercero, al cumplimiento (cosa distinta de lo anterior) por parte de un tercero, a la forma de pago, a la imputación de pagos, etc.

El Capítulo 3 versa sobre los *remedios* en caso de incumplimiento⁵¹. La Sección 1 contiene disposiciones generales (entre otras la relativa a la notificación del acreedor al deudor acerca de la *no conformidad* del primero sobre los bienes o servicios entregados o ejecutados por el deudor).

⁵⁰ Inspirado por el marcado carácter “didáctico” que en general es propio del *DCFR* (en muchos sentidos, parecería que se trata de un manual de estudio), el primer artículo de este Capítulo dispone que el Libro III se aplica, salvo que se disponga otra cosa, a todas las obligaciones que constituyen el objeto del proyecto, tanto contractuales como no, y a los correlativos derechos al cumplimiento de las mismas.

⁵¹ Utilizo la palabra española *remedios*, ya bastante afinada en nuestra terminología (precisamente como consecuencia de la versión de textos cuyo original está escrito en inglés), como traducción directa de la inglesa *remedies*. Esa traducción literal conduce a un lenguaje un tanto extraño para nosotros. Sugiero la posibilidad de que, en vez de hablar de “remedios por el incumplimiento”, se diga “*consecuencias del incumplimiento*”.

Creo que cuando en inglés se habla de “*remedies*”, se está aludiendo a lo que entre nosotros se considerarían *acciones* y *excepciones* en caso de incumplimiento.

La Sección 2 se refiere precisamente a los instrumentos de los que dispone el acreedor cuando el cumplimiento por parte del deudor no se ajusta a los términos de la obligación. La Sección 3 trata sobre el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento forzoso. La Sección 4 se refiere a la “negativa a cumplir”, traduciendo así la expresión inglesa *withholding performance*⁵². La Sección 5 se refiere a la extinción de la obligación⁵³. La Sección 6 trata sobre el derecho a la reducción del precio en el caso en el que el acreedor acepta un cumplimiento no ajustado a los términos de la obligación. La Sección 7 versa sobre daños e intereses debidos por el deudor en caso de incumplimiento.

El Capítulo 4 de este Libro III se refiere a los casos de pluralidad de deudores y acreedores, también un extremo muy característico de la teoría general de la obligación en nuestra doctrina. Sus dos subsecciones versan, sucesivamente, sobre pluralidad de deudores y pluralidad de acreedores.

El Capítulo 5 se refiere al “*change of parties*”, que se correspondería con lo que acostumbramos a denominar “modificación subjetiva de la obligación”. La Sección 1 tiene por objeto la “cesión de derechos” (dividida

⁵² Se trata, a mi juicio, de lo que entre nosotros se denomina habitualmente *exceptio non adimpleti contractus* (o, en su caso, *exceptio non rite adimpleti contractus*), conceptos no presentes en nuestro Código civil; es decir, de creación jurisprudencial. El artículo III.-3:401 del DCFR, en su apartado 1, dispone que el acreedor que está obligado a cumplir una obligación recíproca al mismo tiempo o después del cumplimiento por parte del deudor, tiene derecho a negarse a cumplir su obligación hasta que el deudor haya manifestado su voluntad de cumplir o haya cumplido.

⁵³ La palabra inglesa es “*termination*”. No obstante, los autores del documento son tan conscientes de que este término es tan poco “técnico”, que el apartado 2 del artículo III.-3:501 declara que, en esta Sección, la palabra “*terminate*” tiene el sentido correspondiente a cada caso de *extinción*. Básicamente, la “terminación”, en este caso, vendría a corresponderse con la resolución por incumplimiento establecida en el artículo 1.124 del Código civil español. La Subsección 1 de esta Sección 5 tiene artículos relativos a las causas de “terminación”, al alcance, ejercicio y pérdida del derecho a “terminar”, a los efectos de la “terminación” y a la restitución.

en seis subsecciones)⁵⁴. La Sección 2 versa sobre *sustitución y adición de deudores*. La Sección 3 tiene por objeto la “transmisión de la posición contractual”⁵⁵. La Sección 4 trata sobre la transmisión de derechos y obligaciones en el caso de insolvencia del “agente”⁵⁶. El Capítulo 6 es sobre compensación y confusión. El 7 se refiere a la prescripción, con secciones sobre disposiciones generales, plazos y cómputo de los mismos, ampliación del plazo (incluyendo la figura de la *suspensión*), renovación del plazo de prescripción, efectos de la misma y exclusión y modificación convencional del régimen de prescripción.

Interesa señalar que los autores de la obra concibieron este Libro como un conjunto de normas aplicables tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, salvo que otra cosa se disponga en relación con concretos artículos. El objetivo era el de fijar criterios uniformes y evitar repeticiones innecesarias.

Así, el artículo III.-1:101 sobre “alcance del Libro”, dice que éste se aplica, excepto que se determine otra cosa, a todas las obligaciones objeto del *DCFR*, tanto sean contractuales como no, así como a los correspondientes derechos a su cumplimiento.

IV. *Contratos en particular y derechos y obligaciones derivados de ellos.*

Vendría a ser algo similar a los Títulos IV a XV del mismo Libro IV del Código español. Es decir, una serie de contratos *típicos y nominados*⁵⁷.

Dividido en Partes: A. Compraventa. B. Arrendamiento de cosas. C. Servicios. Dividido a su vez en capítulos referentes a distintos contratos de esta naturaleza: Construcción (contrato de obra). Manteni-

⁵⁴ Se ajustaría a nuestra *cesión de crédito*.

⁵⁵ Lo correspondiente a nuestra *cesión del contrato*.

⁵⁶ Debe hacerse notar que la palabra inglesa “*agent*”, en el *DCFR*, significa la persona autorizada para actuar por otra.

⁵⁷ En la *Introducción*, página 26, se señala la posibilidad de que esa serie de contratos en particular aumente en futuras redacciones.

miento⁵⁸. Almacenamiento. Diseño (o proyecto). Información y asesoramiento. Tratamiento (médico). Mandato. Agencia mercantil, franquicia y distribución. D. Préstamo. E. Garantía personal (*personal security*). Se correspondería con la *fianza*. F. Donación. Conceptualmente equivalente al Título II del Libro III de nuestro Código.

Es digno de destacarse, aunque muy explicable, el hecho de que los contratos sobre “*servicios*” se subdividan en varias modalidades diferentes, superándose así la histórica distinción entre *servicios* y *obra*, como corresponde a la actual diversidad de modalidades que la palabra *servicios* entraña.

V. *Intervención benévola en los asuntos de otro (o ajenos)*.

Es decir, la *gestión de negocios ajenos*, el *cuasicontrato* de la Sección 1ª del Capítulo I del Título XVI del Código español.

El artículo V.-1:101, de definición, dice que este Libro se aplica cuando una persona, el *interviniente*⁵⁹, actúa con la intención predominante de beneficiar a otro, el *principal*⁶⁰ y (a) el interviniente tiene un motivo razonable para actuar, o (b) el principal aprueba el acto sin incurrir en un retraso indebido que pudiera afectar negativamente al interviniente.

El apartado 2 de este artículo declara que el interviniente no tiene un motivo razonable para actuar si (a) tiene una razonable oportunidad de conocer los deseos del principal pero no lo hace, o (b) sabe o puede entenderse razonablemente que conocía que su intervención es contraria a los deseos del principal.

El artículo siguiente versa sobre la intervención consistente en cumplir un deber de otro.

⁵⁸ No encuentro otra palabra española que responda al significado del denominado en inglés contrato de *processing*.

⁵⁹ La palabra inglesa *intervener*, como tal, no se suele encontrar en diccionarios bilingües de ese idioma.

⁶⁰ Los términos *interviniente* y *principal* se corresponden, evidentemente, con las expresiones tradicionales de *gestor oficioso* y *dueño del negocio*.

Y el artículo V.-1:103 determina que este Libro V no se aplica cuando el interviniente (a) está autorizado para actuar, en virtud de una obligación contractual o de otra naturaleza para con el principal; (b) está autorizado, fuera del ámbito de este Libro, a actuar de forma independiente respecto del consentimiento del principal; o (c) está autorizado para actuar como consecuencia de una obligación para con un tercero.

VI. Responsabilidad *no-contractual* (“*Non-contractual liability*”) –o *responsabilidad extracontractual*– derivada del daño causado a otro.

Equivalente a *las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*, del Capítulo II del Título XVI del Código español. Y, desde luego, a todas las disposiciones legales que reglamentan en España la *responsabilidad civil*.

A mi entender, merece destacarse la sistemática que se adopta al respecto, bastante diferente de la que es tradicional en el *sistema* de responsabilidad civil propio de los ordenamientos del Derecho continental europeo. Se adopta como punto de partida el concepto de *daño*, definido como “*daño legalmente relevante*”. Es decir, según nuestra terminología habitual, el daño que implica responsabilidad se asocia con la *antijuridicidad*. Esto, en el Capítulo 2.

El Capítulo 3 versa sobre lo que en la forma actual de hablar denominamos *criterios de imputación de responsabilidad*⁶¹. Partiendo de la regla general de responsabilidad por dolo o por culpa, aunque no necesariamente coincidiendo con lo que con esos conceptos queremos decir en la doctrina tradicional⁶², se contemplan hipótesis como las del daño causado por personas de menos de dieciocho años y por los menores de catorce años y por quienes están sometidos al cuidado de otra persona⁶³. En la

⁶¹ Sin duda, no es casualidad, ni un capricho del lenguaje, que en la rúbrica de este Capítulo no se utilicen las palabras inglesas de *responsibility* o *liability*, sino la de *accountability*, que obedece a la misma idea (responder del daño causado a otro), pero en la raíz filológica de *poner algo a cargo de (a cuenta de) alguien*.

⁶² En inglés, respectivamente, *intention* y *negligence*.

⁶³ Este último caso sería el del incapacitado, por ejemplo.

Sección 2, sobre responsabilidad sin dolo o culpa, se incluyen los supuestos de daño causado por empleados y “representantes”, daño causado por la situación de inseguridad de un inmueble, daño causado por animales, daño causado por productos defectuosos, daño causado por vehículos de motor y daños causados por sustancias y emisiones peligrosas.

A continuación, en sólo tres artículos, se trata sobre la *causalidad* (Capítulo 4).

El Capítulo 5 versa sobre “defensas”, esto es, circunstancias que excluyen la responsabilidad. Se contemplan las situaciones de consentimiento o conducta de la persona víctima del daño, las circunstancias de la persona responsable o de terceros (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, legítima defensa, intervención benévola o estado de necesidad, así como el caso de protección del interés público). También se tiene en cuenta el trastorno mental. Bajo la misma rúbrica se menciona el caso de exclusión o limitación contractual de responsabilidad.

El Capítulo 6, con tres secciones, trata sobre los llamados “*remedios*”, desglosándose su contenido en tres secciones: reparación, compensación y prevención.

El Capítulo 7 es de “reglas complementarias”.

Como no podía ser de otro modo, el documento afronta la “histórica” cuestión, que tanto ha dado que escribir, de la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. De hecho, el artículo VI.-1:103, sobre “*campo de aplicación*”, declara que la “regla básica” antes citada no se aplica, entre otros casos, en tanto en cuanto su aplicación podría entrar en contradicción con el objetivo de otras reglas de Derecho privado. Y se añade que esa “regla básica” tampoco afecta a otros *remedios* disponibles por otros motivos jurídicos⁶⁴.

⁶⁴ En este caso se utiliza la palabra inglesa *legal*, no la de *juridical*.

En los *Comentarios* a este artículo⁶⁵, se pone de manifiesto que su principal área de aplicación se refiere a la relación con el Derecho de contratos. Debe tenerse en cuenta que no todo incumplimiento de una obligación contractual constituye una responsabilidad extracontractual, del mismo modo que una responsabilidad extracontractual determinante de daño a una parte contratante no necesariamente resulta del incumplimiento de una obligación contractual. Se añade que las *reglas* del documento no sólo han alcanzado una considerable aproximación de los plazos de prescripción de los derechos contractuales y extracontractuales, sino que han acercado notablemente las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una obligación contractual y de la responsabilidad extracontractual. Por lo que, se concluye, los criterios del *DCFR* han diluido el significado práctico del problema de la *conurrencia de acciones*. Donde el Derecho de contratos y el de la responsabilidad extracontractual se superponen, únicamente se distinguen la una de la otra en extremos marginales. Por otro lado, se considera que el Derecho de contratos goza de prioridad en el caso de conflicto entre los conceptos que le son propios, en relación con el Derecho de la responsabilidad extracontractual⁶⁶.

⁶⁵ Volumen 4, páginas 3010 y siguientes de la *edición completa*, versión de internet.

⁶⁶ En las *Notas* a este mismo artículo, páginas 3021-3022, se hace una breve referencia al problema de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en el Derecho español. La distinción a la que me refiero encuentras a veces dificultades a efectos de la aplicación de reglas de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional, reconocimiento de resoluciones extranjeras y ley aplicable a las obligaciones (contractuales o extracontractuales). En este punto, v. MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto, "Nuevas perspectivas en la calificación de las acciones de responsabilidad en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado", en curso de publicación. En sus conclusiones, el autor dice: "*Pese a que ya son décadas de jurisprudencia del TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) dirigida a interpretar los conceptos 'materia contractual' y 'materia extracontractual' y a establecer sus límites, primero en el marco del CB (Convenio de Bruselas de 1968), y después en el del RBI (Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000), el asunto sigue suscitando cuestiones prejudiciales de compleja solución. Pese a que la línea trazada por el Tribunal parece nítida, la realidad demuestra que la casuística desborda con facilidad esa barrera. La labor del TJUE va a seguir siendo fundamental. Se consolida la calificación extracontractual de las acciones interpuestas por acreedores frente a administradores o socios por deudas de la sociedad, incluso en los casos en los*

VII. Enriquecimiento injustificado

Ausente esta materia, como tal, de nuestro Código, es necesaria la invocación de la doctrina jurisprudencial al respecto. En el *DCFR*, merecen particular interés los artículos VII.-1:101 y VII.-2:101, comprensivos de la “regla básica” y de las circunstancias en las que un enriquecimiento es injustificado.

La “regla básica” dice que una persona que obtiene un enriquecimiento injustificado atribuible a la desventaja de otra está obligada respecto esa otra persona a restituírle⁶⁷ el enriquecimiento.

Respecto de las circunstancias en las que un enriquecimiento es injustificado, el documento (artículo VII.-2:101) dice que concurre esa circunstancia si existe un enriquecimiento, salvo que (a) la persona enriquecida ostente un derecho contra la persona en desventaja por virtud de un contrato o de otro acto jurídico, una resolución judicial o una norma jurídica;

que no haya un nexo causal entre el perjuicio patrimonial y la actuación del socio o administrador. Los casos más complejos son aquellos en los que se interponen pretensiones fundadas en normas sobre responsabilidad extracontractual. En estos casos el TJUE se reafirma en la calificación autónoma, sin tomar en consideración la calificación de las legislaciones nacionales. La calificación requerirá en muchos casos un cuidadoso análisis de los hechos y de las normas para determinar si la acción se basa o no en un incumplimiento contractual. El TJUE se reafirma también en interpretar la materia extracontractual como residual respecto de la materia contractual, ya que en la medida en que la determinación de la ilicitud del acto al que se refiere la acción requiera la interpretación del contrato, ésta será la calificación preferente. En relación con los títulos-valores, cuando una persona adquiere unos derechos sobre unos títulos de una persona distinta de quien los emitió, se hace una interpretación similar a los supuestos de cadena de contratos (como en los casos de responsabilidad por productos), cuando los derechos que adquiere el consumidor son distintos de los del primer adquirente. El Tribunal sigue utilizando los mismos criterios hermenéuticos que ya empleó en las primeras sentencias sobre el CB. La consecución del objetivo de uniformidad en la aplicación de los reglamentos y el principio de previsibilidad continúan siendo decisivos a la hora de calificar.

⁶⁷ Traduzco así el verbo inglés “reverse”, aunque no siempre se trata propiamente de una *restitución*. El artículo VII.-5:101 contempla la hipótesis de “enriquecimiento transferible” (cuando se trata de una cosa), pero el artículo siguiente versa sobre el enriquecimiento *no transferible*, caso en el que la persona enriquecida tiene que pagar el valor monetario del enriquecimiento a la persona perjudicada.

(b) la persona en desventaja consintió libremente y sin error en esa desventaja. También es injustificado el enriquecimiento si (a) la persona en desventaja concedió tal enriquecimiento: (i) con un propósito no logrado, o (ii) con una expectativa que no se hizo efectiva, (b) la persona enriquecida conoció, o podía esperarse razonablemente que conociera, el propósito o la expectativa, y (c) la persona enriquecida aceptó, o podría razonablemente entenderse que había aceptado, que el enriquecimiento tendría que ser objeto de restitución en las mencionadas circunstancias.

Es claro que el enriquecimiento injustificado al que se refiere el *DCFR* da cabida al cuasicontrato que nuestro Código denomina “*cobro de lo indebido*” (Sección 2ª del Capítulo I del título XVI del Libro IV, artículos 1.895 a 1.901). Basta ver la *ilustración 1* de las que se contienen en los *Comentarios* a la “regla básica” del artículo VII.-1:101.

Aunque ese *caso* pueda parecer muy elemental considero oportuno reproducir el texto de la referida *ilustración*, porque, además, pone muy claramente de relieve el carácter “didáctico” que, como antes decía, reviste el *DCFR*. Se observa cómo el *ejemplo* remite a diversos artículos o, en su caso, párrafos o subpárrafos, de artículos integrantes de este Libro.

Antes de las *ilustraciones* del mentado artículo VII.-1:101, se dice que en cada caso en el que podría producirse una responsabilidad por enriquecimiento injustificado, debe determinarse si los elementos de la regla básica se cumplen, si existe algún medio de defensa y, si no es el caso, cuál es el alcance de la responsabilidad.

El ejemplo de cobro indebido, al que antes me refería, es el siguiente. Por error, el adquirente P hace una segunda transferencia bancaria del precio de la cosa adquirida a V, que es el vendedor, siendo así que un empleado de P había realizado ya una transferencia del precio de compra el día anterior. V se ha enriquecido porque ha adquirido un derecho contra su banco B al pago de la suma ingresada en su cuenta bancaria (VII.-3:101) —enriquecimiento—, según el párrafo (1)(a). Ese enriquecimiento está justificado en relación con B, pero en relación con P no está justifi-

cado, porque V no ostentaba ningún derecho contra B a ese pago (segundo error) y P no había tenido la intención de hacer un regalo a V. La cuestión se centra, pues, en el (inexistente) motivo de justificación en relación con P (VII.-2:101) –circunstancias en las que un enriquecimiento es injustificado, párrafos (1)(a) y (b)–. Ese enriquecimiento de V (en la forma de un crédito en su cuenta corriente) está justificado en relación con el banco de V, pero no tiene nada que ver con el asunto. P ha sufrido un perjuicio (o desventaja) porque el banco de P (correctamente) redujo el correspondiente montante de la cuenta corriente de P (VII.-3:102 –desventaja o perjuicio–, del párrafo (1)(a)). El enriquecimiento de V es atribuible al perjuicio de P: P transfirió parte de su patrimonio a V (VII.-4:101 –casos de “atribución patrimonial” determinante de un enriquecimiento– párrafo (a)). Técnicamente hablando, desde luego, P no transfirió su derecho contra su banco a V, pero los concretos mecanismos técnicos para la transferencia bancaria no eran en este caso de carácter material: desde el punto de vista económico y legal, los bancos, en este caso, sólo constituyen una maquinaria para efectuar una forma de pago sin desembolso de dinero, que puede ser equiparado a una transferencia de dinero efectivo (o metálico). Si P hubiese ingresado metálico en el banco de V y en la cuenta de este último, el caso podría considerarse incluido en el artículo VII.-4:101 –formas de atribución patrimonial–, párrafo (d). Lo ocurrido en el ejemplo propuesto significa que el enriquecimiento de V es un “bien transferible”: los saldos de una cuenta corriente bancaria pueden ser devueltos por medio de una transferencia bancaria. En consecuencia, V está obligado respecto a P a devolver el segundo pago (VII.-5:101, “enriquecimiento transferible”, párrafo (1))⁶⁸.

⁶⁸ Señalaba antes, y es oportuno repetirlo, que los *Comentarios* a cada artículo del *DCRF* intentan dar a cada *norma* o *conjunto de normas* un significado tan claro y preciso que no deje lugar a dudas. Por mantenerme en la figura jurídica en la que ahora me encuentro (el enriquecimiento injustificado), no está de más señalar, también con el carácter de ejemplo, que el primer apartado del *Comentario* a la “regla básica” constituida por el artículo VII.-1:101, dice que esa regla, puesta en relación con las siguientes disposiciones del Libro VII, deter-

VIII. *Adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes*

Se correspondería, con obvias reservas, con abundantes preceptos de los Libros II y III de nuestro Código⁶⁹, con exclusión del régimen relativo a las *sucesiones*.

Cabe preguntarse si esta materia es un *cuerpo extraño* en un Código de obligaciones y contratos, pero creo que es razonable que se incluya en el *DCFR*. En la *Introducción*⁷⁰ se pone de relieve que en muchos casos es difícil determinar con precisión la exacta línea divisoria entre el Derecho de contratos y algunas otras áreas del Derecho⁷¹.

De hecho, el *DCFR* contempla la totalidad del Derecho de obligaciones como una entidad o unidad orgánica. Por eso —se añade—, en el proyecto se tienen en cuenta determinadas áreas de los que conocemos como *derechos reales*, en relación con la propiedad de bienes muebles. Y se concluye que algunos aspectos de los *derechos reales* tienen una gran importancia para el buen funcionamiento del mercado interior.

IX. *Garantías reales sobre bienes muebles (Proprietary security in movable assets)*.

mina las circunstancias en las que nace la obligación de resarcir a la persona cuya situación de desventaja ha dado lugar al enriquecimiento; del mismo modo que determina el significado de “enriquecimiento” y el de “desventaja”, el alcance de la responsabilidad, la existencia de posibles medios de defensa —frente a la pretensión del *enriquecido*— y la relación entre esta norma y otras reglas legales con el mismo o similar efecto.

⁶⁹ El artículo VIII.-1:101, en su apartado 1, declara que este Libro se aplica a la adquisición, pérdida y protección de la propiedad de bienes y a extremos específicos relacionados con lo anterior.

⁷⁰ Página 25.

⁷¹ En TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVII, 2014, fascículo 1, páginas 113-168, se contienen ilustraciones bibliográficas sobre la necesidad de incluir reglas sobre derecho de propiedad en el Marco Común de Referencia (en concreto, página 141).

En este caso, la traducción al español no es tan fácil como en otros. El propósito de este Libro queda razonablemente perfilado en el apartado 1 de su artículo primero (IX.-1:101), al formular la “Regla general” de que este Libro se aplica a los derechos que se mencionan a continuación, sobre bienes muebles y basados en contratos de garantía real. Esos derechos son los derechos de garantía y la tutela de la propiedad basada en la *retención*.

En el *Comentario* a esa “regla general”, dentro de la *edición completa*⁷², se advierte de que el apartado 1 del artículo introduce una distinción básica en esta materia: la garantía puede derivar de “derechos de garantía” o del derecho de retención. Y en el mismo texto se añade que esas dos técnicas básicas vienen definidas y especificadas en los tres artículos siguientes. Así, el artículo IX.-1:102 se refiere al derecho de garantía sobre un bien mueble (“*security right in movable asset*”)⁷³. Y el artículo IX.-1:103 trata sobre el *derecho de retención*, concepto que se define en el apartado 2 del propio artículo⁷⁴.

En definitiva, en este Libro IX se ponen de manifiesto, pero se abordan con solvencia, algunos de los problemas que derivan de la difícil distinción entre *derechos de crédito* y *derechos reales*.

Creo que interesa poner de relieve que el *DCFR*, al regular la cuestión relativa a la efectividad de las garantías reales respecto a terceros, arbitra un sistema de *registro*. En efecto, el artículo IX.-3:301 es el primero de la Sección 3 del Capítulo 3. La rúbrica de ese Capítulo habla por sí sola:

⁷² Páginas 4446 y siguientes de la versión en Internet.

⁷³ En el *Comentario* a este artículo (apartado A), se señala que no es fácil delimitar el ámbito de aplicación de este Libro IX, porque no existe un término uniforme para todos los derechos reales de garantía sobre bienes muebles (no sólo en el plano europeo, sino también en la mayoría de los Estados miembros). A continuación se describe el fenómeno desde el punto de vista histórico, partiendo de la fórmula de garantía basada en la posesión (la prenda), hasta llegar a soluciones como la garantía sin desplazamiento de la posesión.

⁷⁴ Por su parte, el artículo IX.-1:104 establece qué reglas (del propio *DCFR*) son aplicables a ese *derecho de retención*.

“Efectividad (de los derechos de garantía) en relación con terceros”. En su artículo IX.-3:102, sobre métodos para alcanzar esa efectividad, el párrafo 1 anticipa el instrumento de un sistema de registro, en relación con todo tipo de bienes. El apartado 2 expresa esa efectividad, en el caso de bienes muebles corporales, mediante la posesión, por parte del acreedor, de los bienes gravados; en el caso de ciertos bienes intangibles, la efectividad se contempla mediante el ejercicio, por parte del acreedor, de un *control* sobre los bienes gravados.

Y, como decía, es en la Sección 3 donde se reglamenta (por cierto, con mucho detalle) la figura de un Registro Europeo de garantías reales. Se tienen en consideración extremos como los siguientes: estructura y funcionamiento del Registro, acceso al mismo, identificación de quien proporciona la garantía y descripción de los bienes gravados, protección de quien presta la garantía, acceso al Registro como medio de información, contenido de la información registral, duración, renovación y anulación de asientos, transmisión del derecho de garantía o del bien gravado, costos, reglas de prioridad (es decir, de *prelación*), etc.

El documento tiene en cuenta la posible existencia (actual) de sistemas de registro o anotación en algunos ordenamientos nacionales.

X. *Trusts*

Figura que, en sentido estricto, es desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. LA PECULIAR FORMA DE NUMERAR LOS “ARTÍCULOS” DEL PROYECTO

La numeración de los artículos es aparentemente complicada, porque no se sigue un orden correlativo desde el 1 hasta el final. Por el contrario, cada capítulo, y en su caso cada sección, se numeran con un criterio de “centenares”, es decir, comenzando siempre en el 101, aunque esa sec-

ción no tenga más que 10 artículos. La sección siguiente empieza en el 201, la siguiente en el 301, etc.

Por ejemplo, la numeración de los artículos relativos a los deberes en las negociaciones preliminares y precontractuales (Capítulo 3 del Libro II) es la siguiente:

Sección 1 (*deberes de información*): se empieza a numerar de la siguiente forma: II.-3:101. Así, hasta II.-3:109. A continuación, la Sección 2 (*deber de prevenir errores y de acuse de recibo*) –dos artículos– se numera como II.-3:201 y II.-3:202. La Sección 3, sobre *deberes en la negociación y de confidencialidad* –dos artículos– se numeran como II.-3:301 y II.-3:302. La Sección 4 (un artículo), sobre *bienes o servicios no solicitados*, se numera como II.-3:401. Y la Sección 5, sobre *daños por el incumplimiento de los deberes de este Capítulo* (un artículo) se numera como II.-3:501⁷⁵.

Esta forma de numeración puede parecer enrevesada, pero se ha considerado la más razonable, teniendo en cuenta que se trata de un texto que se supone que va a ir construyéndose “por acopio” o “por acumulación”. El método de numeración impide, por seguir el ejemplo citado, que la introducción de un artículo en la Sección 2 del Capítulo 3 del Libro II obligue a reenumerar todos los artículos de ese Capítulo y de ese Libro. Y, en definitiva, de todo el articulado del documento en su conjunto⁷⁶.

V. EL GRAN “DESAFÍO”: LA CONJUGACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS DEL *CIVIL LAW* CON LOS DEL *COMMON LAW*

1. He dejado aparte, para darle lugar propio, otro gran mérito del trabajo que me ocupa.

Me refiero al hecho de que el *DCFR* es, a mi juicio, una feliz *conjugación* (en el sentido de conciliación) de los conceptos y de los criterios

⁷⁵ Como es claro, el número romano se refiere al Libro de la obra.

⁷⁶ Este sistema de numeración se había adoptado, entre otros, en el *PECL*.

(en definitiva, del “modo de pensar”) del *civil law*, o Derecho codificado, y del *common law*, o Derecho de creación judicial.

No parece necesario profundizar en las considerables diferencias que separan a esas dos “grandes familias” de los *sistemas jurídicos* de los Estados europeos. La primera, representada por casi todos los países de la Europa continental, y la segunda principalmente expresada por el Derecho de Gran Bretaña (o, como acostumbramos a decir, aunque no con toda propiedad, Derecho inglés)⁷⁷.

Los *contrastos* entre los dos sistemas jurídicos fueron en su día lúcida-mente expuestos por Castán Tobeñas⁷⁸. Entre otras cosas, escribió:

“Las características diferenciales de los Derechos del grupo anglo-americano radican principalmente en la plasticidad de sus fuentes y en el espíritu casuístico, realista y práctico de sus métodos jurídicos. Se ha observado muchas veces la contraposición que existe entre la concepción racionalista del mundo, propia de los europeos continentales, y la concepción empírica que los anglosajones tienen del universo. En los primeros domina el pensamiento abstracto y deductivo. En los segundos, el pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales y de las construcciones teórico-dogmáticas. Pues bien: esto tiene que producir una diferencia considerable en la manera de concebir y aplicar el Derecho. Mientras que el Derecho inglés distínguese por su carácter eminentemente judicial, por un sistema de elaboración del Derecho que se mueve, de antiguo, en torno al caso concreto (case law), el Derecho continental europeo da primordial importancia a la ley, porque ve la realización y la garantía de la justicia en la existencia de preceptos abstractos y generales. ‘La fuerza del Common Law —escribe Roscoe Pound— reside en su manera de tratar los casos concretos, mientras que la fuerza de su rival, el moderno Derecho romano, radica en el desarrollo lógico de conceptos generales’.

⁷⁷ Sigue siendo, en este punto, obligada la referencia al excelente libro de DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, séptima edición, 1978. Existe una traducción al español, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973. V. también, SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, primera edición, 2000.

⁷⁸ CASTAN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, Reus, 1956.

Los juristas latinos ven, algunas veces, en esta nota del Common law un demérito del Derecho inglés. El profesor español Cossío y Corral dice que ‘la concepción jurídica anglosajona responde a la de los juristas romanos, antes de haber pasado por el tamiz de las escuelas italianas, o a la de los jueces germanos, antes de recibir el Derecho romano... El Derecho inglés es un Derecho de jueces... De aquí que la ciencia jurídica inglesa sea naturalmente asistemática, más próxima, tal vez, a la realidad, dotada de un carácter eminentemente práctico; pero tal vez también menos capaz que la continental de obtener puntos de vista unitarios que permitan abarcar y reducir toda la complejidad de la vida jurídica a líneas que faciliten su comprensión’. Pero, con la misma razón, aunque en sentido inverso, los autores anglosajones ven en la característica de que se trata el gran acierto, la gran excelencia de su sistema jurídico, cuando menos a los efectos de tratar y resolver los problemas concretos. ‘Cuando se trata —observa el Decano Pound— de una comparación entre sistemas abstractos, el Common law se encuentra en las peores condiciones; pero, en cambio, siempre ha prevalecido cuando se ha tratado de someter a prueba su eficacia para resolver controversias particulares’.

Esos dos grandes sistemas jurídicos se vieron, por así decirlo, *obligados* a conciliarse como consecuencia de la producción normativa (que ha resultado ser tan enormemente abundante) de los órganos de la hoy Unión Europea. Ahora no atribuimos gran mérito al hecho de que una directiva comunitaria, cualquiera, reglamente una determinada materia como consecuencia de la aportación conjunta de juristas formados en la “cultura” del *civil law* y del *common law*. Pero se trata, a mi entender, de un fenómeno de notabilísima importancia, que es causa, y a la vez consecuencia, del incuestionable proceso de aproximación que durante bastantes de las últimas décadas se ha ido produciendo en la formación académica de juristas originariamente inspirados en las características de cada uno de los dos sistemas.

Lo que, a mi juicio, faltaba por materializarse era la conciliación de esos dos diferentes “modos de pensar” en un proyecto académico de tan alta categoría científica como es el *DCFR*. Pongo de relieve que en el *PECL* se señalaba, como uno de sus objetivos, el de realizar una función de mediación entre el *common law* y el *civil law*.

Si imaginariamente nos remontáramos a hace treinta años, por ejemplo, nos parecería casi *milagroso* que juristas ingleses y de la Europa continental (simplificando mucho la definición) fueran capaces de entender y alcanzar con éxito el objetivo de una *legislación* común o única.

Para empezar, y como es obvio, la idea misma de un *Derecho codificado* (o incluso, simplemente, la de *Derecho escrito*⁷⁹), resulta casi *extraña* para un jurista británico⁸⁰.

Hoy, viendo que el *DCFR* es una realidad (sólo *académica*, pero realidad), creo que tenemos motivos para maravillarnos de que juristas de toda Europa, con tan elevada y relevante participación de británicos, hayan sido capaces de articular un *proyecto de código* de la magnitud del que me ocupa.

2. Son manifestaciones de esa unificación de criterios algunos rasgos como los siguientes:

a) El contenido y la estructura del proyecto se ajustan significativamente a los cánones de los códigos civiles de la *familia* del francés.

⁷⁹ Hablo, desde luego, del *Derecho básico*.

⁸⁰ En su día, causó sensación el conocido como “*Contract Code*” de Mc Gregor. En 1965, el Parlamento británico creó la *Law Commission*, a efectos de una codificación del Derecho de contratos. Fruto de aquella iniciativa fue el llamado “*Contract Code*”, elaborado en su integridad por el profesor de Oxford McGregor (MCGREGOR, Harvey; *Contract Code*, traducción y nota preliminar de DE LA CUESTA SÁENZ, José María, y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1997). Se trata de un verdadero “texto articulado” (el propio autor utiliza la palabra *artículo*), en el que se establecen reglas características de la teoría general del contrato, aunque no completa en relación con el contenido que a dicha teoría suele asignarse en la doctrina del *Derecho codificado*. El autor, después de cada artículo, formula una especie de “justificación” del mismo, inspirándose sobre todo en criterios o principios de la jurisprudencia británica. No obstante, McGregor pretendió que su texto fuese también admisible a la luz de las reglas legales y de las soluciones jurisprudenciales de los países de Europa continental.

Quiere decir que el *DCFR* se parece al Libro IV del Código civil español⁸¹, aunque con la diferencia —de clara inspiración en el *common law*— de que la reglamentación de la figura del contrato precede a la del concepto de obligación. Parece claro que está presente el punto de vista del Derecho anglosajón, en el que la materia que me ocupa ha sido denominada siempre, académica y doctrinalmente, *contract law* o *law on contracts*.

En el inglés jurídico tradicional, la palabra *obligations* ha tenido siempre un carácter puramente instrumental, frecuentemente utilizada como equivalente a *duties*. Esta última palabra se utiliza, no obstante, en el *DCFR*; por ejemplo, en la rúbrica del Capítulo 3 del Libro II⁸².

Por lo que acabo de decir, y como he apuntado más arriba, el contenido y la estructura del *DCFR* tienen notable parecido (salvo en cuestiones de orden expositivo) con los de los tratados y manuales de *Derecho de obligaciones y contratos* de autores franceses, alemanes, españoles, o incluso ingleses. Los *Comentarios* y las *Notas* vienen a dotar a la obra de una fisonomía muy próxima a la de cualquiera de los códigos comentados que se han prodigado en los últimos tiempos.

⁸¹ En realidad, debe decirse que el parecido es con el Libro III del Código civil francés, sobre *las diferentes maneras por las que se adquiere la propiedad*. Como es sabido, el Libro IV de nuestro Código es una especie de “fragmentación” del Libro III del *Code*, otorgándose independencia o autonomía formales a la reglamentación de las obligaciones y contratos, aunque estos últimos siguen siendo contemplados como un modo de adquirir la propiedad, según el artículo 609.

⁸² En el comentario al artículo 1:102, sobre “definiciones”, se advierte de que, en general, en el *DCFR* se acude a la palabra *obligation* para denominar el deber de cumplimiento que una parte de la relación jurídica, el deudor, tiene con la otra parte, el acreedor. Es decir, se establece una delimitación entre *duty* y *obligation*. El comentario señala también que *obligation*, como nombre de la relación jurídica entre deudor y acreedor, aparece cada día con menos frecuencia en los instrumentos legales modernos, europeos e internacionales. En este último sentido, por ejemplo, recuérdese que los Reglamentos comunitarios 864/2007 y 593/2008, respectivamente conocidos como *Roma II* y *Roma I*, versan sobre la ley aplicable a las *obligaciones* extracontractuales y contractuales, también respectivamente.

b) Otra manifestación del fenómeno al que me refiero es la de la terminología en conceptos jurídicos fundamentales.

Por encima de todo, sobresale la circunstancia de que la rúbrica del Libro II del proyecto hable de “*Contracts and other juridical acts*”.

La locución *acto jurídico*, procedente de la Pandectística, es completamente ajena a la terminología jurídica inglesa. Empezando por la idea de que el adjetivo “*juridical*”, aunque existe en inglés como equivalente a “jurídico” en español, es prácticamente desconocido en el Derecho del *common law*. En él, lo que en español diríamos “jurídico”, de ordinario se expresa como “*legal*”. Por ejemplo, en la locución *ordenamiento jurídico*, que en inglés se diría *legal system*⁸³.

El artículo II.-1:101 determina el significado de “contrato” y “acto jurídico”. En mi traducción, el apartado 1 dice que un contrato es un acuerdo con el que se pretende establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico. Es un acto jurídico bilateral o multilateral. Y el apartado 2 dice que un acto jurídico es una declaración o un acuerdo, tanto expreso como derivado de una conducta, que pretende producir un efecto jurídico como tal. Puede ser unilateral, bilateral o multilateral.

Otro ejemplo significativo en este punto es la rúbrica del Libro VI del DCFR, que dice: “*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*”.

Es evidente que con la expresión “*non-contractual liability*” el DCFR se refiere a la llamada, en el Derecho continental, *responsabilidad extracontractual*.

En los *Comentarios* del borrador se dice expresamente que la referida expresión inglesa, ajena a la terminología del *common law*, se utiliza para evitar los prejuicios que pudieran derivar del uso de la palabra inglesa clásica

⁸³ En el *Diccionario Oxford*, antes citado, la expresión en español “laguna jurídica” se traduce al inglés como *a legal loophole* o *a loophole in the law*.

(*torts*) y del término francés también clásico (*délit*); del mismo modo, se desecha (aunque gramaticalmente sea posible) la locución *civil responsibility*.

Todavía más, debe tenerse presente que la expresión “*non-contractual*” se aplica, genéricamente, al sustantivo inglés *obligation*. Así, por ejemplo, cuando el documento se refiere a las obligaciones que una persona tendría por estar en posesión de bienes sujetos a una *garantía real* o como consecuencia de ser un *trustee*⁸⁴.

Aunque desde el punto de vista conceptual no parezca muy ortodoxo calificar algo no por lo que es, sino por lo que *no es*, considero que fue un acierto de los redactores del *DCFR* el recurso a la fórmula de “*non-contractual*”, que es una forma de decir “*extracontractual*”. Acudir a una cierta *simetría terminológica* evita así las dificultades que entraña encerrar en una única categoría, con nombre propio, todo lo que *no es contrato*.

Me parece que también debe destacarse en *DCFR* la relevancia atribuida al fenómeno de la *formación del contrato*. En contraste con la notable parquedad con la que esa cuestión es contemplada en los códigos de la *familia* del francés, el documento objeto del presente trabajo dedica a la materia el amplio Capítulo 4 del Libro II, inmediatamente después de que el Capítulo 3 se hubiese dedicado a un también prolijo régimen de los *deberes* en los tratos preliminares y en la fase precontractual. Se trata, en conjunto, de 31 artículos con los que se colman las abundantes *lagunas* que en esa materia muestran –como decía– los ordenamientos *codificados*⁸⁵.

⁸⁴ En la página 23 de la *Introducción* se puntualiza que el Libro III (sobre la obligación) se aplica tanto a la contractual como a la que no lo es. Por otra parte, en las páginas 28 y 29 de la misma *Introducción* se explica o justifica que la técnica utilizada en el documento sea la de encuadrar artículos en el Libro III, en la medida en que dichos artículos fueran aplicables por igual a las obligaciones contractuales y a las no contractuales.

⁸⁵ Traté sobre este extremo en De ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, en “Lealtad en el periodo precontractual (la conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIII, fascículo II, abril-junio 2010, páginas 575-636.

Estimo que debe resaltarse asimismo (algo de conceptual y algo de terminológico) el hecho de que la *voluntad* –palabra característica del *Derecho codificado*– se ve superada por la expresión *intención*, propia de la forma de hablar del Derecho del *common law*, en el que no es *familiar* la locución “declaración de voluntad”⁸⁶.

Por eso, hoy son motivo de especial atención los requisitos que deben darse para que pueda entenderse concluido un contrato. Ha contribuido a ello, desde luego, la experiencia jurisprudencial, pues son muchos los casos en los que es objeto de contienda la determinación de si una manifestación, hecha por una de las partes en el curso de las negociaciones preliminares, fue o no constitutiva de una genuina *declaración de voluntad*. Parece como si se formulase de nuevo, pero en términos muy pragmáticos, la conocida teoría de los pandectistas –aunque muy discutida– de que existe una diferencia entre *declaración de voluntad* y *voluntad de declarar*⁸⁷. También, creo, influye el impacto del modo de pensar del Derecho

⁸⁶ Me ocupé de la presencia de las palabras *consentimiento*, *voluntad* e *intención* en nuestro Código civil en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo IV, *Otras formas de expresión*, Madrid, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer España, 2012, páginas 3–174. Utilización de la última palabra (*intención*), que casi sólo se encuentra en los artículos relativos a la interpretación de los contratos. Se halla en el artículo 1.281 (dos veces), en el que el párrafo segundo habla de *intención evidente*, y en el artículo 1.289, donde los términos *intención* y *voluntad* se formulan como sinónimos. El vocablo *consentimiento* predomina en el Libro IV, mientras que el de *voluntad* es el más frecuente en la reglamentación de las *sucesiones* (Título III del Libro III).

⁸⁷ Esta distinción, aunque en su formulación es algo “bizantina”, no es del todo irrelevante, en la medida en que existen actos jurídicos (la llamada por la dogmática alemana “*actuación de la voluntad*”) en los que no concurre la finalidad de ser comunicados, pero que, no obstante, producen el efecto de crear, modificar o extinguir derechos o relaciones jurídicas. Es el caso de la ocupación (artículo 609 del Código civil), la adquisición de la posesión por acto propio (artículo 438), el abandono (artículo 612), la aceptación de la herencia a la que se refieren los artículos 999 y 1.000, la confirmación tácita (artículo 1.311), etc. Por otro lado, los llamados, también por la doctrina alemana, “*actos reales*” se caracterizan por la nota de que requieren sólo que se lleve a cabo un resultado de hecho,

anglosajón, en cuyas construcciones teóricas la palabra “*voluntad*”, hablando del contrato, no es precisamente frecuente; se acude mucho más a la idea de “*intention*”.

Esta última palabra, “*intención*”, tal y como la entienden los juristas del *common law*, podría interpretarse por los continentales como una toma de posición en la controversia doctrinal que tantísima tinta hizo correr en la dogmática del *civil law*. Me refiero a la intensa polémica entre *voluntaristas* y *declaracionistas*, precisamente en relación con el verdadero significado de “*declaración de voluntad*”. Pero no es así: en el pensamiento anglosajón, la apelación a la *intención* no excluye, en absoluto, la posibilidad de que tal intención, como genuina expresión de la voluntad de contratar, sea deducida de hechos objetivos⁸⁸.

La cuestión que me ocupa está nítidamente definida en el *Marco Común de Referencia*. El artículo 4:101 del Libro II (“*Contratos y otros actos jurídicos*”), con el que comienza su Capítulo 4 –precisamente el que versa sobre “*formación del contrato*”–, dispone: «Requisitos para la conclusión del contrato. Un contrato se concluye, sin ningún otro requisito, si las partes: (a) *tienen la intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico*; y (b) alcanzan un acuerdo suficiente».

pero productor de efectos jurídicos por imperativo de la ley. Son, por ejemplo, el hallazgo de un tesoro (artículo 351 del Código civil), la edificación, plantación o siembra (artículo 358), los casos de la llamada “*conmixtion*” (artículos 381 y 382), la adquisición de la posesión y su abandono (artículos 438 y 460) o el de la constitución del deudor en estado de mora (artículo 1.100), en tanto en cuanto el autor del acto puede, incluso, no tener la *voluntad* de que se produzcan los efectos que el ordenamiento atribuye a su conducta.

⁸⁸ En este punto, me parece muy significativo lo dicho por Harvey MCGREGOR en su *Contract Code*, arriba citado. En su muy estimable trabajo académico, el artículo 51, sobre acuerdos no dirigidos a quedar las partes jurídicamente vinculadas, dice: «1) *Un acuerdo no es contrato si las partes no pretenden quedar jurídicamente obligadas por él; sin embargo, la intención de quedar jurídicamente obligado se presume*. 2) Esta presunción puede ser enervada, a) si el acuerdo es de tal naturaleza que la exigibilidad jurídica no se le atribuye usualmente, o b) *por las palabras o conductas de las partes* o las circunstancias en que se celebra el acuerdo».

El artículo siguiente, el 4:102, titulado “*Cómo se determina la intención*”, reza: “La intención de una parte de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico se determina *por medio de las declaraciones o conductas de esa parte*, cuando hubiesen sido razonablemente interpretadas por la otra”.

Y el artículo 4:103, desarrollando las mismas ideas, dice: “Acuerdo suficiente. (1) El acuerdo es suficiente si: (a) *los términos del contrato han sido suficientemente definidos por las partes para que el contrato produzca efectos*; o (b) *los términos del contrato, o los derechos y obligaciones de las partes, derivados de él, pueden ser suficientemente determinados de cualquier otro modo para que el contrato produzca efectos*. (2) Si una de las partes se niega a concluir un contrato, aunque las partes hayan convenido en algún extremo determinado, no hay contrato, a no ser que se hubiese alcanzado un acuerdo sobre el extremo en cuestión”⁸⁹.

c) Es muestra de lo que vengo diciendo el hecho de que el *DCFR* contenga una parte tan importante de *definiciones*.

No es sólo que el *borrador* defina cuidadosamente todas las figuras jurídicas que en él se contemplan (por ejemplo, en el caso de cada uno de los contratos regulados), sino que el documento, en su parte final, tiene un Anexo de *definiciones* comprensivo de más de 150 vocablos o conceptos jurídicos de la más diversa naturaleza. Cito unos ejemplos: “acto jurídico”, “representación”, “invalidez”, “simulación”, “beneficiario”, “reclamación”, “condición”, “conducta”, “discriminación”, “cosa corporal”,

⁸⁹ Las precedentes traducciones son mías. Debo advertir, por eso mismo, que la traducción del apartado (2) del artículo 4:103 exigiría, a mi juicio, decir que “*se hubiese alcanzado efectivamente un acuerdo sobre el extremo en cuestión*”. Digo eso porque, de no ser así, el texto en inglés adolece, también a mi entender, de un posible error en la formulación de la norma. En efecto, si la hipótesis o premisa de ese apartado es la de que las partes “*have agreed on some specific matter*”, no acierto a comprender el significado de la salvedad constituida por las últimas palabras de la norma: “*unless agreement on that matter has been reached*”. Me parece que lo que ese último inciso del apartado quiere decir es que no haya duda (es decir, sea patente) que las partes han llegado a un acuerdo sobre ese *extremo determinado* (“*some specific matter*”).

“daño”, “negligencia”, “bienes muebles”, “cumplimiento”, “incumplimiento”, “obligación recíproca”, “terminación” (del contrato)⁹⁰, “posesión”, “día festivo”, etc., etc.

Además, las *definiciones* contribuyen a fijar el significado de palabras que podrían entenderse de diversas maneras. También a título de ejemplos, observamos cómo en el Libro I se determina el alcance que debe darse a la expresión “por escrito”, o a la de “firma”. En el Libro II, el Capítulo 6 perfila el concepto y el alcance de la palabra “representación”. Antes, se habían definido conceptos como “oferta”, “aceptación” o “contratos no concluidos mediante oferta y aceptación”. Del mismo modo, al comienzo del Libro III se fija el significado de términos como “obligación”, “cumplimiento” o “incumplimiento”. En ese mismo Libro III, se determina el concepto y el alcance del vocablo “compensación”, a efectos del Derecho de obligaciones.

Por otro lado, son abundantes los lugares en los que utiliza la palabra inglesa *scope* para expresar con precisión el significado de artículos relativos a una determinada figura jurídica. Esto sucede, asimismo a modo de ejemplos, en el Libro IV, e incluso al comienzo mismo de algunos otros Libros; es el caso del Libro V, donde se determina el *scope* de la noción de “inter-

⁹⁰ Sobre este concepto (al que antes me he referido) trata la Sección 8 del Capítulo 3 del Libro III. Traduzco literalmente la palabra inglesa (*termination*), que, aunque no del todo, se correspondería con el vocablo español “extinción”. La *termination* a la que se refiere el texto puede derivar de varias causas (“*grounds for termination*”): (i) cuando el incumplimiento de una obligación contractual es “fundamental”; (ii) cuando, producido un retraso en el cumplimiento de una obligación contractual y el acreedor hubiere concedido al deudor un plazo adicional de razonable duración, el deudor no cumple dentro de ese plazo añadido; (iii) en el caso en el que el deudor ha manifestado que no cumplirá la obligación o cuando, por otro motivo, resultase claro que tal incumplimiento se va a producir; (iv) cuando, considerando razonablemente el acreedor que se va a producir el incumplimiento de una obligación contractual, y habiendo solicitado al deudor una “adecuada garantía” de que la obligación va a ser cumplida, el deudor no ofrece esa “garantía” dentro de un plazo razonable. Algunas de estas hipótesis se ajustarían a la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 de nuestro Código.

vención benévola en asuntos de otro (o ajenos)”, o del Libro VI (sobre la responsabilidad extracontractual), o del Libro VII (enriquecimiento injustificado), o del IX (garantías reales sobre bienes muebles).

Es evidente que este esfuerzo de dejar claro el sentido de cada expresión obedece a la necesidad de contar con un *vocabulario jurídico* propio y evitar los problemas que podrían derivar de lo que en cada ordenamiento nacional se entiende por un vocablo determinado. Por referirme a un único ejemplo, es claro que no en todos los países europeos se entiende lo mismo cuando se utiliza una denominación tan *elemental* como es la de “bienes inmuebles”⁹¹.

d) Considero importante la observación de que el documento incorpora el conocido como *Derecho de los consumidores*, pero no dotándole de un régimen autónomo o independiente, sino mediante la técnica de “incrustar”, dentro de abundantes pasajes, ciertas particularidades en las que se contempla, precisamente, el caso del “contrato de consumo”; esto es, aquel en el que las partes son una empresa (*business*) y un consumidor (*consumer*)⁹². Por decirlo de alguna manera, es como si en el Código civil

⁹¹ La cuestión a la que me he referido, en la que se entrecruzan aspectos conceptuales y lingüísticos, fue cuidadosamente examinada en la obra colectiva (coordinadoras, POZZO, Barbara, y TIMOTEO, Marina) *Europa e linguaggi giuridici*, Milán, Giuffrè, 2008. En este libro se contempla, entre otros, el problema del contexto comunitario, en relación con un legislador multilingüe. Se tienen en consideración las particularidades del lenguaje jurídico en algunos idiomas, como el alemán, el italiano o el inglés. Y tiene mucho interés su último capítulo, sobre la interpretación de la Corte de Luxemburgo de los textos multilingües. Desde luego, la cuestión del *lenguaje* del DCFR es bien distinta de la relativa a los problemas que se pueden plantear cuando en el desarrollo de una relación conducente a un contrato se han utilizado idiomas diferentes. Esta última circunstancia se analiza en TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, “Discrepancias lingüísticas en el contrato: nuevas normas de interpretación en el Derecho contractual europeo”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coordinador Luis Díez-Picazo, Civitas, Cizur Menor, 2014, I, páginas 3501-3520; en la página 3518, la autora alude al tratamiento de esta cuestión en el DCFR.

⁹² En la *Introducción* del documento, páginas 24-25, se dice que los dos grupos de trabajo que cooperaron en el DCFR coincidieron en que el Derecho de consumo no es un área

español, por ejemplo, se insertaran, en los lugares sistemáticamente procedentes, reglas particulares para lo que podríamos llamar “el mundo del consumo”. De esta forma, tales *normas* son coherentes con la reglamentación característica de un imaginario *Código de obligaciones y contratos*.

Se manifiesta el propósito fundamental de preservar el *Acquis*.

En la *Introducción*, merecen destacarse los siguientes aspectos⁹³:

- La protección de los consumidores se contempla como uno de los principios fundamentales (apartado 12).
- El concepto de “consumidor” justifica la forma de definir los deberes específicos de las empresas respecto a los consumidores (apartado 28).
- Los dos *Grupos* autores del documento coinciden en que el Derecho de consumo no es un área autónoma del Derecho privado (apartado 40).
- No se contemplan en el documento los contratos de crédito al consumo (apartado 76 de la *Introducción*).
- Desde el punto de vista de los dos *Grupos*, la utilidad del *DCFR*, como un instrumento optativo, no es menor para las transacciones de consumo (apartado 80).
- La *libertad* es uno de los *principios* inspiradores del documento (apartado 2 del capítulo de *principios* dentro de la *Introducción*).
- Se pretende corregir la desigualdad en el “poder de negociación” (apartado 10 de los *principios*).

autónoma del Derecho privado. Sobre este extremo, v. mi conferencia (multicopiada) titulada *Los contratos de consumo en el Marco Común de Referencia (DCFR): un régimen que considero sensato y equilibrado*, en las *Jornadas de Derecho Mercantil*, celebradas con motivo de los 10 años de existencia de los Juzgados de lo mercantil. En Bilbao, Universidad de Deusto, día 23 de octubre de 2014.

⁹³ Me adapto ahora a la *edición resumida*.

A continuación, expongo ejemplos de reglas concretas encaminadas a la protección de los consumidores.

- En el Libro I, el artículo 1:105 define con precisión los conceptos de *consumidor* y *empresa (business)*.

En el Libro II:

- En el artículo 1:110 se alude a las cláusulas “no negociadas individualmente”.
- Es particularmente importante en la materia todo el Capítulo 3, sobre *negociaciones y deberes precontractuales*. Traduzco como “negociaciones” la palabra inglesa *marketing*.

Se trata de quince artículos, especialmente dedicados a los deberes de información, al deber de prevenir errores y acuse de recibo y a los deberes de confidencialidad.

- También se dedica notable atención (ocho artículos) al llamado *derecho de desistimiento*, que a veces se denominó, en el pasado, *derecho de arrepentimiento*. Es en el Capítulo 5.
- En el artículo II.-8:103 se recoge el llamado principio de *interpretación contra proferentem*.
- En el Capítulo 9, dentro del régimen de contenido y efectos de los contratos, se dedica la Sección 4 a las que podrían traducirse como *cláusulas injustas (“unfair terms”)*. Se trata de diez artículos.
- En el Libro III, el artículo 3:108 se refiere a la hipótesis en la que la empresa es incapaz de cumplir sus obligaciones en un contrato concluido con un consumidor por medio de una comunicación a distancia.
- En el Libro IV, sobre la compraventa, se encuentran:

Artículo IV.A.-2:304. Dentro de la regulación de la “no conformidad” de los bienes vendidos (respecto de lo que acerca de ellos podía esperar

el comprador), se dedica atención al caso de incorrecta instalación de la cosa vendida cuando el comprador es un consumidor.

Dentro de la misma materia, el artículo 2:309 versa sobre los límites al acuerdo de derogación de los derechos del comprador, cuando éste es un consumidor.

Artículo IV.A.-4:201-202 (acciones del comprador en los casos de “falta de conformidad”).

Artículo 5:103: transmisión del riesgo en un contrato de compraventa con un consumidor.

Artículo IV.A.-6:101-108, sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo.

En materia de arrendamiento de cosas, el artículo IV.B.-3:105 se refiere a la instalación incorrecta en un contrato de consumo de arrendamiento de cosas.

La idea de *situación de desventaja* en un contrato se encuentra, por ejemplo, en:

Artículo II.-3:103 (deber de proporcionar información cuando el contrato se concierda con un consumidor que se encuentra en situación de particular desventaja).

Artículo II.-3:109, acciones por el incumplimiento del deber de información.

Artículo II.-9:403 (significado de “injusta” -una cláusula- en los contratos entre una empresa y un consumidor).

Artículo VII.-1:101, dentro del *enriquecimiento injustificado*. En la misma materia, el artículo VII.-3:102. Igualmente, en el artículo VII.-6:101.

En materia de contratos celebrados a distancia, artículos II.-3:106 y artículo II.-5:201, este último sobre desistimiento del consumidor en ese tipo de contratos.

En materia de interpretación del contrato, artículo II.-9:410, sobre cláusulas que se presumen injustas en contratos entre una empresa y un consumidor.

En el contrato de mandato, el artículo IV.D.-5:101 contempla la hipótesis de que el mandante es un consumidor.

En el contrato de fianza (*garantía personal*), los artículos IV.G.-4:101-107 establecen reglas especiales de garantía en favor de los consumidores.

- El examen pormenorizado de *rules* en favor de los consumidores justificaría la redacción de dos o tres tesis doctorales.

e) Creo adecuado terminar este apartado poniendo de relieve un extremo en el que, a mi juicio, el “estilo” del *common law* parece imponerse al del *civil law*.

Me refiero a la circunstancia de que el *DCFR* contiene entre sus “principios”, junto con los de libertad, justicia y eficiencia, el de *seguridad*. Se alude expresamente a la “certeza jurídica” y a la “previsibilidad” (se entiende, de las “soluciones”, entre ellas las sentencias judiciales)⁹⁴.

No obstante, son abundantes las ocasiones en las que, por mucho que el texto quiera contemplar hipótesis muy concretas, el *DCFR* acude a “términos abiertos” o conceptos jurídicos necesitados de adaptación a cada caso (en buena medida, *conceptos jurídicos indeterminados*).

Por mencionar sólo seis de los artículos que versan sobre *deberes precontractuales*, encontramos, por ejemplo, expresiones como las siguientes:

Lo que la otra persona “pudo esperar razonablemente”, estándares de calidad y cumplimiento “que serían normales según las circunstancias”, una “buena práctica comercial”. Esto se encuentra en el artículo II.3:101.

En el II.3:102: *lo que un “consumidor medio” podría esperar que se debiese, teniendo en cuenta “todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comu-*

⁹⁴ V. páginas 44-53.

nicación empleado” la “información relevante necesaria” para tomar una decisión, “requisitos de diligencia profesional”.

En el artículo II.3:103: consumidor en “especial desventaja”, un deber “adecuado a las circunstancias”, una “información clara”, un “plazo razonable”, “según las circunstancias”.

En el II.3:106: como “sea adecuado en cada caso” (o, dicho de otro modo, como “corresponda en cada caso”), “medio duradero” (información o comunicación).

En el III.3:302: “tanto por su naturaleza como por las circunstancias”, lo que una parte “sabe o se puede razonablemente esperar que sepa”, la parte que “razonablemente prevé”.

Pero no es sólo eso, sino que en el artículo I.1:103, que define el capital concepto de *good faith and fair dealing*, se habla de *actuar de forma inconsciente* y de *haber confiado razonablemente*, una parte, en las declaraciones o conducta de la obra.

Los propios autores del *DCFR* son conscientes de esta circunstancia, cuando advierten de que una cuestión previa es la de si la seguridad contractual está más protegida por “reglas rígidas” o por reglas que, utilizando “términos abiertos”, como *razonable*, dejan lugar a la flexibilidad⁹⁵.

En el *DCFR*, en suma, se ha optado por una determinada fórmula de técnica normativa, desde luego muy próxima a la que es característica de la *legislación* de la Unión Europea. Es una decisión defendible, ciertamente, mas creo que tiene cabida la pregunta de si la técnica de abundantes “reglas rígidas”, pero con también frecuente necesidad de acudir a “términos abiertos” (en otras palabras, a la discrecionalidad judicial), habría o no justificado la fórmula contraria: esto es, la de someter los *deberes precontractuales* a unos “grandes principios” (buena fe, lealtad, información, confidencialidad), sin entrar en pormenores.

⁹⁵ Página 47, donde la *Introducción* desarrolla el principio de “seguridad” (jurídica), uno de los inspiradores del proyecto.

Como decía antes, la técnica de los “términos abiertos” es más propia de un sistema inspirado en las *decisiones judiciales* que de otro gobernado por el principio de *reglas legales*.

VI. RECAPITULACIÓN

1. Es muy difícil –y creo que el intento de hacerlo constituiría un acto de presunción y una temeridad– formular un vaticinio sobre el futuro del *Marco Común de Referencia* en sentido estricto, esto es, el objetivo “político” así denominado por la propia Comisión Europea. No faltan razones, a mi juicio, para sospechar que el llamativo crecimiento que la Unión Europea ha experimentado en los últimos años, con lo que entraña de incremento de las diferencias culturales y sociales, va a traducirse en obstáculos para alcanzar el objetivo que está en la raíz del propio nombre de *Marco Común de Referencia*. Es decir, el designio de alcanzar un más coherente Derecho europeo de contratos, por usar las mismas palabras que la Comisión utilizó en su ya citada Comunicación de 12 de febrero de 2003.

Ahora bien, lo que me parece incontestable es que el documento al que he venido refiriéndome, discretamente denominado *Borrador*, constituye una obra que debe calificarse de admirable.

Al comienzo de este trabajo intentaba justificar que en su título se hable de *obra monumental*. Y creo no incurrir en hipérbole al utilizar esa expresión⁹⁶.

Es claro que el documento puede suscitar opiniones encontradas, incluso en algún extremo de relieve en lo que podría denominarse la *arquitectura* de la obra. Y, con más razón, se explicarían eventuales discrepancias sobre las *soluciones* que el documento da a determinados extre-

⁹⁶ En este caso, desde luego, en el sentido de aumentar excesivamente aquello de lo que se habla, pues no debe olvidarse que *hipérbole* es también la figura retórica contraria, es decir, la de que el exceso consista en una disminución.

mos de su denso contenido. Porque, y ya que hablo de *soluciones*, no puede ignorarse que el *DCFR* a pesar de su reiteradamente proclamado carácter “académico” (esto es, sólo académico), está inspirado —como si de un texto legal se tratara— por el propósito de encontrar desenlaces razonables, basados en criterios sólidos, inspirados en la justicia y armoniosos (en definitiva, esto son las *soluciones*), a la ingente variedad de conflictos propios del Derecho de la contratación.

2. Haciendo uso de un formidable acto de imaginación⁹⁷, y salvados todos los anacronismos a los que se quiera acudir, se me ocurre —no ya sugerir, sino pensar— que el *DCFR* podría tener un cierto parecido con la compilación justiniana. En concreto, con el Digesto.

No sería fácil, dada la proximidad semántica de esas palabras, decidir si el *DCFR* es una *recopilación* o una *compilación*. De un lado, el documento es, en buena medida, una colección de escritos diversos. Y de otra parte, también se puede decir que se trata de una obra que reúne informaciones, preceptos o doctrinas aparecidos antes por separado en otras obras. Este segundo sentido, más próximo a la idea de *compilación*, excluiría en este caso el terrible significado que, etimológicamente, correspondería a la obra de los *compiladores*⁹⁸.

En el intenso, pero no excesivamente dilatado en el tiempo, proceso que condujo a la codificación de Justiniano⁹⁹, se procedió a recoger tex-

⁹⁷ Aquí, la palabra *formidable* se utiliza en el sentido coloquial que le atribuye nuestro Diccionario; o sea, no en el primero y más fundado etimológicamente, que asigna a *formidable* el significado de lo que causa gran temor o pavor.

⁹⁸ A estos efectos, y viéndome en la necesidad de beber en aguas ajenas, me inspiro en la observación de KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho romano*, traducción de la cuarta edición alemana por MIQUEL, Juan, Barcelona, Ariel, 1991, página 172 (observación que me habría pasado desapercibida), de que *compilare*, en uno de sus significados, quiere decir robar o saquear. El eminente romanista alemán, a mi juicio, sabía que estaba haciendo un juego de palabras al poner de relieve que los juristas autores de la codificación justiniana “saquearon”, a tal fin, los escritos de los juristas clásicos y las constituciones.

⁹⁹ De nuevo me remito a KUNKEL, obra citada, páginas 170-184, brillante síntesis de lo entonces acontecido.

tos antiguos (a veces, muy antiguos), algunos constitutivos de normas jurídicas en sentido estricto y otros en los que no se advierte claramente tal carácter.

Lo cierto es que el resultado (hablo ahora del *Corpus iuris civilis*, como conjunto) fue una obra imperecedera, que ha alimentado el pensamiento de los juristas desde entonces hasta ahora. Y, circunstancia notable, tanto de los formados en la tradición que, inspirada en el Código civil francés llamamos *romano-francesa*, como de los representativos del *common law*. El maestro Kunkel la calificó con elogios que no parecen discutibles. Habló de “su monumentalidad”, comparándola con la “grandiosidad” de la catedral de Santa Sofía, de la “colosal empresa”, de la “gigantesca empresa” y, en definitiva, de un “hecho inconmensurable y de carácter histórico universal”¹⁰⁰.

Hoy, desde luego, las circunstancias concurrentes no son similares a las que inspiraron el impulso codificador de Justiniano, pero el *DCFR* presenta algunas semejanzas con la obra compiladora promovida por el emperador. No se trata, como entonces, de la necesidad de que el legislador “acotara y ordenada la tradición jurídica en su conjunto”¹⁰¹, sino de la oportunidad o conveniencia de que una Europa razonablemente bien articulada en lo institucional y en lo económico cuente con un documento que, en el menos ambicioso de los casos, sea un instrumento jurídico que poder tomar como “referencia” (esta palabra no parece ser casualidad, y la estimo particularmente afortunada) para una quizás no muy lejana armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales, de suerte que un fenómeno tan importante como es el tráfico de bienes y servicios se vea dotado de un alto grado de previsibilidad de la resolución de los conflictos. Y, por lo tanto, de un también alto grado de seguridad en las transacciones.

El *DCFR*, en definitiva, y a mi juicio, constituye una obra de la que Europa puede sentirse orgullosa.

¹⁰⁰ Obra y lugar citados.

¹⁰¹ KUNKEL, obra citada, página 170.

Régimen jurídico de los signos distintivos

JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU

Profesor Jean Monnet de la Unión Europea

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 13/11/2014

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/02/2015

Resumen: El estudio de los signos distintivos tiene en este texto una descripción pormenorizada tanto en lo que se refiere a la “marca” como a los signos carentes de capacidad distintiva o de susceptibilidad de representación gráfica o contrarios a la ley, orden público o buenas costumbres así como otros de distinta naturaleza. Se incluye igualmente lo relativo al signo idéntico o semejante a marcas o nombres comerciales anteriores e incluso al nombre civil o al nombre comercial, cerrando la exposición con una bibliografía básica o sumaria que da idea del panorama jurídico existente en este campo.

Palabras clave: marcas, signos, nombre civil, registro, nombre comercial.

Zeinu bereizgarrien araubide juridikoa

Laburpena: Zeinu bereizgarrien azterketak badu testu honetan halako azalpen zehatza, hala “marka”-ri buruz, nola bereizgarriak izateko ahalmenik ez duten zeinueni buruz, barne hartuta irudien bidez emateko gai ez direnak edota lege, ordena publikoa edo usadio onen aurkakoak direnak, bai eta bestelako izaera dutenak ere. Halaber, barruan hartzen da zeinu berbera edo antzekoa dena, antzekotasun hori dagokiela marka zein aurretiaz merkataritza arloko izenei; areago, izen zibila nahiz merkataritzakoa; azalpena bukatzen dela oinarritzko bibliografia labur batekin, esparru honetan dagoen egoera juridikoaren berri ematen duena.

Gako-hitzak: markak, zeinuak, izen zibila, erregistroa, merkataritza arloko izena.

Legal system of the distinctive signs

Abstract: The study of distinctive signs included in this text of a detailed description both in regards to the “brand” as well as the signs that are devoid of any distinctive capacity or character or susceptibility of graphic representation or are contrary to law, public order or propriety as well as those of a different nature. It likewise includes as regards signs which are identical or similar to previous trademarks or trade names and even including civil names or trade names, the exposé concluding with a basic bibliography or summary giving the idea of the existing legal picture in this area.

Key words: trademarks, signs, civil name, registration, trade name.

SUMARIO: 0. ABREVIATURAS UTILIZADAS. I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. MARCA. II.1. Concepto. II.2. Clases. II.2.1. Clasificación legal o normativa. II.2.2. Clasificación material. II.2.3. Clasificación sectorial. II.2.4. Clasificación subjetiva. II.2.5. Clasificación finalista o funcional. II.2.6. Clasificación territorial. A. MARCA NACIONAL. B. MARCA COMUNITARIA. C. MARCAS INTERNACIONALES. C.1. *Marcas internacionales «ad intra»*. C.2. *Marcas internacionales «ad extra»*. C.3. *Transformación de un registro internacional*. II.3. Registro y nacimiento del derecho de marca. II.3.1. Naturaleza constitutiva registral y uso extrarregistral. II.3.2. Concurrencia de la buena o mala fe del solicitante. II.3.3. Competencia de las Comunidades Autónomas en concesión de registro. II.4. Régimen especial. II.4.1. Consideraciones preliminares comunes. II.4.2. Marca o nombre comercial notorios. II.4.3. Marca o nombre comercial renombrados. II.5. Signos susceptibles de ser marca. II.5.1. Marcas denominativas. II.5.2. Marcas gráficas. II.5.3. Marcas tridimensionales. II.5.4. Marcas sonoras. II.5.5. Problemática de las denominadas marcas olfativas. II.6. Régimen de prohibición. II.6.1. Conceptuación preliminar. II.6.2. Requisitos constitutivos de la marca. II.6.3. Prohibiciones absolutas. A. SIGNOS CARENTES DE CAPACIDAD DISTINTIVA. A.1. *Signos compuestos exclusivamente por indicaciones o signos genéricos*. A.2. *Signos habituales y signos vulgarizados*. A.3. *Signos compuestos exclusivamente por elementos o signos actual o potencialmente descriptivos*. A.4. *Adquisición derivativa o sobrevenida de capacidad distintiva por parte de signos habituales y/o descriptivos -«secondary meaning»*. A.5. *Signos excesivamente simples o complejos*. A.6. *Motivos aplicados a la superficie de los productos*. B. SIGNOS CARENTES DE SUSCEPTIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA. B.1. *El registro del color por sí solo*. C. SIGNOS CONTRARIOS A LA LEY, AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES. D. SIGNOS OFICIALES Y DE INTERÉS PÚBLICO. E. SIGNOS ENGAÑOSOS. F. SIGNOS QUE CONTENGAN INDICACIONES GEOGRÁFICAS –ORIGINALES O TRADUCIDAS– APLICADOS A LA DISTINCIÓN DE VINOS O BEBIDAS ESPIRITUOSAS QUE NO TUVIEREN DICHA PROCEDENCIA. G. SIGNOS CONSTITUIDOS EXCLUSIVAMENTE POR LA FORMA IMPUESTA POR LA NATURALEZA DEL PROPIO PRODUCTO O POR LA FORMA DEL PRODUCTO NECESARIA PARA OBTENER UN RESULTADO TÉCNICO O POR LA FORMA QUE DA UN VALOR SUSTANCIAL AL PRODUCTO. G.1. *La*

forma tridimensional como marca. G.2. La forma impuesta por la naturaleza del propio producto. G.3. La forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico. G.4. La forma que dota de un valor sustancial al producto. II.6.4. Prohibiciones relativas.

A. SIGNOS IDENTICOS O SEMEJANTES A MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES ANTERIORES. A.1.- *Signos idénticos a marcas o nombres comerciales anteriores. A.2. Signos idénticos o semejantes a marca anterior. A.3. Signos idénticos o semejantes a nombre comercial anterior. A.4. Principio de especialidad. A.5. Identidad o semejanza entre signos y riesgo de confusión. A.6. Marcas y nombres comerciales anteriores.*

B. NOMBRE CIVIL O IMAGEN QUE IDENTIFIQUE A UNA PERSONA DISTINTA DEL SOLICITANTE - NOMBRE, APELLIDO, SEUDONIMO O CUALQUIER OTRO SIGNO QUE PARA LA GENERALIDAD DEL PUBLICO IDENTIFIQUE A UNA PERSONA DISTINTA DEL SOLICITANTE, SIN LA DEBIDA AUTORIZACION. C.- SIGNOS QUE REPRODUZCAN, IMITEN O TRANSFORMEN CREACIONES PROTEGIDAS POR UN DERECHO DE AUTOR O POR OTRO DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL QUE NO SEAN MARCAS NI NOMBRES COMERCIALES. D.- SIGNOS IDENTICOS O SIMILARES AL NOMBRE COMERCIAL, DENOMINACION O RAZON SOCIAL DE UNA PERSONA JURIDICA DISTINTA DEL SOLICITANTE. II.6.5. Signos registrados en estado de mala fe del solicitante. A.- EL REGISTRO DE MALA FE. CAUSA DE NULIDAD Y ACCION REIVINDICATORIA. B. MARCAS DE AGENTES O REPRESENTANTES. III. NOMBRE COMERCIAL. IV. ROTULO DEL ESTABLECIMIENTO. V.1. Consideraciones preliminares. IV.2. Régimen transitorio de los rótulos de establecimiento registrados. IV.3. Protección extrarregistral de los rótulos de establecimiento definitivamente cancelados. BIBLIOGRAFÍA BASICA O SUMARIA.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADPIC:	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.
AMRIM:	Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, de 14 de Abril de 1891.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
BOPI:	Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.
CCEE:	Corrección de errores.
CUP:	Convenio de [la Unión] París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de Marzo de 1883.
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea ¹ .
LCD:	Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal.
LDM:	Ley 32/1988, de 10 de Noviembre, [Derogada] de Marcas.
LGP:	Ley 34/1988, de 11 de Noviembre, General de Publicidad.
LOPDHIPyFyPI:	Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
LP:	Ley 11/1986, de 20 de Marzo, de Patentes.
LPJDI:	Ley 20/2003, de 7 de Julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

¹ El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* se convierte en el *Diario Oficial de la Unión Europea* a partir del 1 de Febrero de 2003, al entrar en vigor el Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos Conexos, firmado el 26 de Febrero de 2001 –artículo 2, N.º.38)–.

LVM:	Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, [Vigente] de Marcas.
LVyV:	Ley 24/2003, de 10 de Julio, de la Viña y del Vino.
OAMI:	Oficina de Armonización del Mercado Interior –OAMI- (Marcas, Dibujos y Modelos).
OEPM:	Oficina Española de Patentes y Marcas.
OIOMPI:	Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
OMC:	Organización Mundial del Comercio.
OMPI:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
PAMRIM:	Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, de 27 de Junio de 1989.
PDM:	Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de Marcas.
R. Ar.:	Referencia de Aranzadi.
RCAMRIM/PAMRIM:	Reglamento Común del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y del Protocolo concerniente a ese Arreglo.
RE:	Reglamento (CE) N° 2868/95 de la Comisión, de 13 de Diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) N° 40/94 del Consejo sobre la Marca Comunitaria.
RELVM:	Real Decreto 687/2002, de 12 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas.
RMC:	Reglamento (CE) N°. 40/94 del Consejo, de 20 de Diciembre de 1993, sobre la Marca Comunitaria.
RTLTL:	Reglamento del Tratado sobre el Derecho de Marcas.
TLT:	Tratado sobre el Derecho de Marcas.

TMEP:	The Trademark Manual of Examining Procedure -Third Edition, January 2002; Revision 1, June 2002; Revision 2, May 2003-.
TRLPI:	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
TTAB:	Trademark Trial and Appeal Board.
WIPO:	World Intellectual Property Organization.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El cuerpo jurídico de los signos distintivos, integrado por los derechos de Propiedad Industrial, consistentes en las marcas y en los nombres comerciales² –*artículo 1.1* de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas [LVM]³–, presenta una evolución, cuya constante de signo positivo o creciente experimenta un desarrollo tanto cualitativo como cuantitativo, reconocido, asimismo, legal⁴ y jurisprudencialmente⁵.

² *Vide*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1986 (Pleno), de 28 Enero, de *conflicto positivo de competencia* núm. 670/1984, planteado por el Gobierno de la Nación contra la Orden de 6 de Abril de 1984 del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña, por la que se modifica, en parte, el Reglamento de la denominación de origen «Empordá-Costa Brava» y su Consejo Regulador. Tal Sentencia establece que la Propiedad Industrial constituye un vasto concepto que abarca desde las patentes hasta las obtenciones vegetales, pasando por “algunos aspectos relativos a las denominaciones de origen” –*Fundamento Jurídico 3*–.

³ Asimismo, se ha de tener presente el Real Decreto 687/2002, de 12 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas [RELVM].

⁴ *Exposición de Motivos* de la Ley 32/1988, de 10 de Noviembre, de Marcas, ya derogada –LDM–: “Los signos distintivos constituyen instrumentos eficaces y necesarios en la política empresarial y suponen, asimismo, un importante mecanismo para la protección de los consumidores”.

⁵ A este respecto, cabría citar la propia Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en un primer momento, la Sentencia de 3 de Julio de 1974 –*VAN ZUYLEN FRÈRES V. HAG AG, Asunto 192-73*–, establecía “que, en tanto que constituye una excepción a uno de los principios fundamentales del Mercado Común, el artículo 36 [*actual y vigente artículo 30*] no admite, en efecto, más derogaciones a la libre circulación de mercancías que en la medida en que tales derogaciones se hallaren justificadas por la salvaguardia de los derechos que constituyen el objeto específico de la citada propiedad [*Fundamento 9*]; que, de cualquier modo, la aplicación de la legislación relativa a la protección de las marcas protege al poseedor legítimo de una marca contra la imitación fraudulenta por parte de personas desprovistas de cualquier título jurídico [*Fundamento 10*]; considerando que el ejercicio del derecho de marca presenta la finalidad de contribuir al tabicado o compartimentación de los mercados y, de dicho modo, perjudicar a la libre circulación de mercancías entre los Estados Miembros, más aún por cuanto que, a diferencia de otros derechos de Propiedad Industrial y Comercial, el derecho a la libre circulación no está sujeto a las limitaciones del tiempo [*Fundamento 11*]”.

Ahora bien, dicha evolución ha impelido, precisamente, la reforma de la citada normativa, cuya necesidad se configura en base a tres categorías u órdenes de razones, tal y como establece expresamente la *Exposición de Motivos LVM*⁶.

Así, de una parte, se contemplan razones o argumentos de carácter constitucional, cuyo principal basamento reside en dar cumplimiento a la *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999, de 3 de Junio, que delimita las competencias que, en materia de Propiedad Industrial, corresponden a las Comunidades Autónomas y al Estado*. En tal sentido, la nueva Ley recoge los criterios jurisprudenciales de delimitación de competencias, atribuyendo éstas a los órganos autonómicos o estatales, de acuerdo con lo establecido en dicha *Sentencia –Exposición de Motivos I, párrafo segundo, y II, LVM*⁷.

De otra parte, la nueva normativa responde a la necesidad de incorporar a la legislación nacional de marcas las disposiciones, tanto propiamente comunitarias como internacionales en general, a las que se halla sujeta o comprometida el Estado español –*Exposición de Motivos I, párrafo segundo, y III, LVM*–. Así, en tal ámbito se situarían, por lo que respecta a la dimensión comunitaria, la Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislacio-

En cambio, la Sentencia de 17 de Octubre de 1990 –*SA CNL-SUCAL NV V. HAG GF AG, Asunto C-10/89*–, hace constar que “en lo que al derecho de marca se refiere, debe destacarse que este derecho constituye un elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer y mantener –[*Fundamento 13*]”.

Vide, a este respecto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *Derecho de marcas y protección de los consumidores. El tratamiento del error del consumidor*, Madrid, 2000, pág. 27. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *La erosión del derecho de marca. (En torno al caso Hag)*, en “II Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1975, págs. 31 y ss. TATO PLAZA, Anxo: *El derecho de marca en la Jurisprudencia Comunitaria*, en “Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1991-2, págs. 267 y ss.

⁶ *Vide*, a este respecto, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 243”, Madrid, Enero-Marzo, 2002, págs. 16 y ss.

⁷ *Vide infra* págs. 24 y ss.

nes de los Estados Miembros en materia de Marcas –PDM–⁸ y el Reglamento (CE) N.º 40/94 del Consejo, de 20 de Diciembre de 1993, sobre la Marca Comunitaria –RMC–⁹. Por lo que respecta a la órbita in-

⁸ La citada Directiva –que no contemplaba como “necesario actualmente [en el momento de su aprobación y entrada en vigor] proceder a una aproximación total de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas, siendo suficiente limitar la aproximación a las disposiciones nacionales que tengan mayor incidencia sobre el funcionamiento del Mercado Interior”, *Considerando Tercero*– ha sido transpuesta en lo atinente a diversas materias: el nuevo concepto de marca –*artículo 4 LVM*–, la reformulación de las causas de denegación –*artículos 5 a 10 LVM*– y nulidad del registro –*artículos 51 y 52 LVM*–, la extensión al ámbito comunitario del agotamiento del derecho de marca –*artículo 36 LVM*–, la incorporación de la figura de la prescripción por tolerancia –*artículo 52.2 LVM*– y el reforzamiento de la obligación de uso de la marca y de las sanciones por su incumplimiento –*artículo 39 LVM*–.

Vide, en tal sentido, CASADO CERVIÑO, Alberto: *Perspectiva Europea*, en “Seminario sobre la Nueva Ley de Marcas de 2001”, organizado por la Oficina Española de Patentes y Marcas en la Escuela de Organización Industrial, 17 y 18 de Diciembre de 2001 –Texto de la Ponencia publicado en la «Sección Noticias» de la página *web*: www.oepm.es–. De acuerdo con este autor, la influencia del Derecho Comunitario en la nueva regulación se contempla en los siguientes cinco aspectos: la armonización terminológica y la mejora de la técnica jurídica, la plena incorporación de la Primera Directiva, la articulación entre la Ley nacional y el Reglamento de la Marca Comunitaria, la recepción en el Derecho nacional del modelo y de la práctica comunitaria generalizada en y desde Alicante, y la incorporación, asimismo, en el Derecho interno de la más reciente Jurisprudencia comunitaria.

Vide, asimismo, a este respecto, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos de la Reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. N.º.245”, Madrid, Julio-Septiembre 2002, págs.1427 y ss. MEDRANO CABALLERO, Ignacio De: *El Derecho Comunitario de Marcas: La noción de riesgo de confusión*, en “Revista de Derecho Mercantil. N.º 234”, Madrid, Octubre-Diciembre 1999, págs.1515 y ss.

⁹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

A este respecto, cabría señalar que el Reglamento, como tal, no impone a los Estados Miembros dictar disposiciones de aproximación de las marcas nacionales a la comunitaria, salvo, obviamente, la obligación de regular la transformación de una solicitud o de una marca comunitaria en solicitud de marca nacional, lo cual se ha recogido en el *artículo 86 LVM*. Ello no obstante, como política legislativa, el legislador nacional ha optado por la aproximación normativa, en cuanto que “permite evitar que dos títulos que producen idénticos efectos en España estén sujetos a normativas totalmente dispares”, deri-

ternacional, se hallarían el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, de 27 de Junio de 1989 – PAMRIM¹⁰; el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de

vándose de ello que muchas de las normas de la nueva Ley sean “directamente tributarias de dicho Reglamento” –*Exposición de Motivos III, párrafo tercero, LVM*–.

Vide, asimismo, a este respecto, el Reglamento (CE) N° 3288/94 del Consejo, de 22 de Diciembre de 1994, por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 40/94 sobre la Marca Comunitaria en aplicación de los acuerdos celebrados en el marco de la Ronda Uruguay; el Reglamento (CE) N° 2868/95 de la Comisión, de 13 de Diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) N° 40/94 del Consejo sobre la Marca Comunitaria [RE]; el Reglamento (CE) N° 1367/95 de la Comisión, de 16 de Junio de 1995, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) N° 3295/94 del Consejo, por el que se establecen las medidas dirigidas a prohibir el despacho a la libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas y el Reglamento (CE) N° 216/96 de la Comisión, de 5 de Febrero de 1996, por el que se establece el Reglamento de Procedimiento de las Salas de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Diseños y Modelos).

Asimismo, en el régimen de las marcas comunitarias presenta especial relevancia la creación de la *Oficina de Armonización del Mercado Interior –OAMI- (Marcas, Dibujos y Modelos)*, la cual se constituye como un organismo de la Comunidad con personalidad jurídica propia –*artículo 2 y Título XII [artículos 111 a 139] RMC*. *Vide*, a este respecto, GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio: en *Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria*, Madrid, 2000, págs.39 y ss.

En este orden de cosas, con carácter general, *vide* también CASADO CERVIÑO, Alberto & LLOBREGAT HURTADO, M^a Luisa: *Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria*, Madrid, 2000. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *El sistema comunitario de marcas*, Madrid, 1995.

¹⁰ El efecto directo de la citada incorporación es la reforma del *Título VIII –Marcas Internacionales– LVM*. En particular, cabría destacar que se incorpora la posibilidad de que la solicitud se funde, no solamente en el registro nacional de marca, sino también en su mera solicitud. Asimismo, se colman las lagunas existentes respecto del examen nacional de una marca internacional y de la posibilidad de transformación de una marca internacional en marca nacional.

Vide, a este respecto, BOTANA AGRA, Manuel: *La protección de las Marcas Internacionales. (Con especial referencia a España)*, Madrid, 1994, págs. 15 y ss. En este orden de cosas, este autor sostiene que el citado Arreglo de Madrid ha de ser calificado propiamente desde el ámbito del Derecho Internacional como un verdadero y auténtico «Tratado», por

Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –ADPIC¹¹–, que constituye elemento integrante del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de Abril de 1994 –OMC–, así como el Tratado sobre el Derecho de Marcas –“TLT”– y su Reglamento, de 27 de Octubre de 1994 –“RTLTL”–, adoptado en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹².

cuanto que es un acuerdo internacional escrito, regido por el Derecho Internacional y celebrado entre Estados: *Ibid.*, pág.156.

¹¹ La presente incorporación, en cambio, presenta menor transcendencia, por cuanto que las reglas del citado Acuerdo ya habían sido recogidas en gran parte por la Ley 32/1988, de 10 de Noviembre, de Marcas –LDM-. Ello no obstante, la adecuación cabe observarse en la ampliación de la legitimación para poder solicitar el registro de una marca en España a los nacionales de los Miembros de la Organización Mundial del Comercio –OMC– [artículo 3.1 LVM]; la incorporación del concepto de causas justificativas de la falta de uso de la marca –artículo 39.1 y 4 y artículo 58 LVM–; la protección reforzada de las marcas notorias registradas –artículo 8.1 y 2 LVM– y la introducción de una nueva prohibición absoluta de registro relativa a las falsas indicaciones geográficas de vinos y bebidas espirituosas, aun cuando no indujeran a error –artículo 5.1.h) LVM–.

¹² El contenido del Tratado versa sobre las formalidades y formularios-tipo que, mediante una unificación de alcance mundial de las solemnidades que han de seguirse en la solicitud de una marca y en las incidencias que pudieren acontecer durante su existencia, tienen por finalidad simplificar y abaratar el registro de marcas en el mundo. Pues bien, el conjunto de las novedades de la Ley imputables a dicho Tratado comprende la implantación de la marca multiclase [artículo 12.2 LVM y artículo 3.3 RELVM, implícitamente en ambos casos] –sistema ya aplicable, por otra parte, a las marcas internacionales que entraren en la fase nacional española [artículo 83.2, párrafo segundo, LVM y artículo 41.1.c) y 2 RELVM]; la consiguiente creación de tasas por clase –Anexo. Tarifa Primera LVM–; la admisión de la división de la solicitud o registro de la marca –artículo 24 LVM y artículos 23.1.g), 43.1.d), 43.5 y 46 RELVM–; la supresión de la exigencia de titulación pública como requisito de inscripción del cambio de titularidad de una marca, aun cuando se mantiene el sistema tradicional con carácter optativo –artículo 49 LVM y artículo 30 RELVM–, y, finalmente, la supresión de las tasas quinquenales –Anexo. Tarifa Primera LVM–. Ahora bien, se ha de poner de relieve que las dos últimas modificaciones reseñadas ya se hallaban incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 14/1999, de 4 de Mayo, de Tasas y Precios Públicos por servicios prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear, al haber entrado en vigor para España dicho Tratado

En tercer lugar, se aducen argumentos de política legislativa, consistentes en la conveniencia de incorporar al ordenamiento jurídico interno determinadas normas de carácter sustantivo y procedimental, debido, principalmente, a la praxis generada bajo la normativa anterior, a la praxis, asimismo, de otras legislaciones de Derecho Comparado y a la necesidad de adaptar el registro de marcas de Derecho interno a la creciente demanda de agilidad y eficiencia que exigen los operadores económicos [«prestadores de servicios»] y los usuarios de la nueva Sociedad de la Información en los diferentes ámbitos del mercado o comercio, la industria y los servicios –*Exposición de Motivos I, párrafo segundo, in fine, y IV, LVM*–¹³.

Pues bien, el desarrollo del presente trabajo comprenderá el examen y análisis del régimen innovador y diferencial que incorpora la nueva normativa como ejecución, concreción y cumplimiento de los citados principios programáticos que la informan.

en fecha de 17 de Marzo de 1999 y no admitirse en el mismo la demora de su instauración –*Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima y Disposición Transitoria Segunda* derogadas en la actualidad por *Disposición Derogatoria Única 2.e) LVM*–.

Vide BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1427 y ss.

¹³ *Vide*, en este sentido, la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y, especialmente, su *Exposición de Motivos*. Así, señala que “lo que la Directiva 2000/31/CE denomina «Sociedad de la Información» viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo” – *Exposición de Motivos I, párrafo segundo*–.

II. MARCA

II.1. Concepto

El concepto de marca, regulado en el *artículo 4 LVM*, define a la misma como “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras”. Pues bien, este nuevo régimen legal precisa de una serie de análisis o comentarios sobre su significado, contenido y alcance.

De una parte, el nuevo concepto legal de marca supone una redefinición y especificación del concepto de marca de la normativa anterior – *artículo 1 LDM*¹⁴. Así, el concepto actual incorpora como característica la «susceptibilidad de representación gráfica», recogiendo, de este modo, la previsión del *artículo 2 PDM* y del *artículo 4 RMC*, en cumplimiento de la *ratio* y de los fundamentos declarados en la *Exposición de Motivos I, párrafo segundo, y III, LVM*¹⁵. Asimismo, la citada nueva característica ha sido expresamente sancionada por la OAMI como uno de los principios básicos del sistema de la marca comunitaria¹⁶. Ello no obstante, no en

¹⁴ *Vide*, a este respecto, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1434 y ss. OTERO LASTRES, José Manuel: *En torno a un concepto legal de marca*, en “Actas de Derecho Industrial. N° 6”, Madrid, 1979-1980, págs. 17 y ss.

¹⁵ *Vide*, a tal efecto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *Reforma de la Ley de Marcas de 1988 por exigencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea*, en “Propiedad Industrial y Competencia Desleal”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág.334.

¹⁶ Resolución de la Segunda Sala de Recurso, de 21 de Enero de 1998 –Asunto R 4/97-2:

“El artículo 4 del RMC establece que pueden constituir marcas comunitarias todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, en particular las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas.

Esta disposición encierra uno de los principios básicos del sistema de la marca comunitaria, a saber, que el signo en cuestión debe poder ser objeto de representación gráfica, a

todas las normativas reguladoras de la materia se exige expresamente el requisito de la representación gráfica, estableciéndose únicamente una facultad de exigir, como condición previa para el registro, que los signos sean perceptibles visualmente –*artículo 15.1 ADPIC*¹⁷.

efectos de examen, publicación y consulta pública. En interés del público en general así como de las partes más directamente afectadas, tales como los titulares de marcas anteriores, las personas interesadas en determinar el alcance de la protección de la marca o aquellas que han iniciado una actividad de búsqueda, se ha considerado esencial que los solicitantes presenten una imagen claramente definida de su marca.

Los artículos 26 y 27 del RMC reflejan la importancia atribuida por el legislador a este principio. La presentación de una representación de la marca es uno de los pocos elementos de información necesarios para obtener una fecha de presentación.

A tal fin, el Reglamento de ejecución establece el modo en que deben representarse gráficamente ciertas marcas. El apartado 2 de la regla 3 del RE, por ejemplo, exige que, cuando la marca no sea denominativa, sino tridimensional, de color o de otro tipo, la reproducción de la marca debe presentarse en hoja aparte, separada de aquella en la que figure el texto de la solicitud.

En consecuencia, debería haberse presentado una reproducción de la marca de que se trata para poder asignarle una fecha de presentación. Una mera descripción que no refleje de forma clara y precisa la apariencia de la marca en sí, no puede considerarse una reproducción. Este criterio resulta claramente del apartado 3 de la regla 3 del RE, el cual prevé expresamente que en la solicitud, junto a la reproducción exigida para las marcas a las que se refiere el apartado 2 de la regla 3 del RE, puede figurar una descripción de la marca. La regla permite al solicitante añadir a la reproducción una explicación de la apariencia de la marca mediante el empleo de palabras.

La segunda frase del apartado 4 de la regla 3 del RE dispone que la representación consistirá en una reproducción fotográfica o una representación gráfica de la marca. A juicio de la Sala, la última expresión debe interpretarse como un dibujo o representación análoga”.

¹⁷ *Artículo 15. Materia objeto de protección ADPIC.*

“1.- Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente”.

De otra parte, resulta obligado determinar el ámbito subjetivo que establece la nueva normativa. A este respecto, el artículo 4.1 LVM configura el nuevo tipo jurídico bajo el amparo del instituto de «empresa», a diferencia del artículo 1 LDM, que lo vinculaba a la figura genérica de «persona». La citada modificación presupone la existencia de una *ratio* profesional o empresarial como fundamento de la nueva regulación; esto es, se preconiza una pseudo-objetivación de este *corpus iuris* del Derecho de Propiedad Industrial. En este orden de cosas, de acuerdo con una interpretación hermenéutica del texto, cabría sostener que la citada tendencia u orientación en aras a un tratamiento y régimen empresariales se halla, a su vez, ratificada por la obligación de uso de la marca que el artículo 39 LVM impone al titular del signo, exigiéndose, *a sensu contrario* según los términos del precepto, un *uso efectivo y real* del signo en cuestión¹⁸. Pues

¹⁸ La Jurisprudencia comunitaria ha contribuido a definir el citado concepto de «uso efectivo». Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 12 de Marzo de 2003 –*Jean M. Goulbourn V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-174/01*–: “Por consiguiente, debe considerarse que el requisito relativo al uso efectivo de la marca exige que ésta, tal y como se encuentre protegida en el territorio relevante, sea utilizada, públicamente y con relevancia exterior, para abrir en el mercado un hueco a los productos o los servicios que representa (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Ansul, C-40/01, aún no publicadas en la Recopilación, punto 58)” –*Fundamento de Derecho 39*–.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de Marzo de 2003 –*Ansul BV V. Ajax Brandbeveiliging BV, Asunto C-40/01*–:

“De ello se desprende que un «uso efectivo» de la marca supone la utilización de ésta en el mercado de los productos o servicios protegidos por la marca y no sólo en la empresa de que se trate. La protección de la marca y los efectos que se pueden oponer a terceros a raíz de su registro no podrían perdurar si la marca perdiera su razón de ser comercial, que consiste en crear o conservar un mercado para los productos o los servicios designados con el signo en que consiste, en relación con los productos o los servicios procedentes de otras empresas. Así, el uso de la marca debe referirse a productos y servicios que ya se comercialicen o cuya comercialización, preparada por la empresa para captar clientela, en particular, mediante campañas publicitarias, sea inminente. Tal uso puede realizarlo tanto el titular de la marca como, según establece el artículo 10, apartado 3, de la Directiva, un tercero autorizado a utilizar la marca”. –*Fundamento de Derecho 37*–.

bien, resulta evidente que dicha obligación se acomoda más flexiblemente al instituto de la «empresa» que a la figura de una «persona» común u ordinaria, ajena al tráfico económico y empresarial. Ahora bien, dicha tendencia o potencialidad no ha de excluir la posibilidad de una titularidad ajena al citado tráfico, ya que, en virtud del artículo 39.3 LVM, cabe la división o escisión entre la titularidad del signo y su utilización o explotación por un tercero con el consentimiento del titular.

Ahora bien, sin perjuicio de lo manifestado, se ha de precisar también el significado y alcance del término de «empresa». Esta figura se incorpora a la normativa de Derecho interno como derivación o adecuación a los regímenes de los artículos 2 PDM y 4 RMC. Consiguientemente, la definición e interpretación del citado instituto habrán de ser establecidas

“Por último, en la apreciación del carácter efectivo del uso de la marca, deben tomarse en consideración todos los hechos y circunstancias apropiadas para determinar la realidad de su explotación comercial, en particular, los usos que se consideren justificados en el sector económico de que se trate para mantener o crear cuotas de mercado en beneficio de los productos o de los servicios protegidos por la marca”. –*Fundamento de Derecho 38*–.

“Habida cuenta de las consideraciones que preceden, procede responder a la primera cuestión que el artículo 12, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una marca es objeto de un «uso efectivo» cuando, en consonancia con su función esencial, que consiste en garantizar la identidad del origen de los productos o servicios para los que haya sido registrada, se utiliza con el fin de crear o conservar un mercado para tales productos y servicios, excluyéndose usos de carácter simbólico cuyo único objeto sea el mantenimiento de los derechos conferidos por la marca. La apreciación del carácter efectivo del uso de la marca debe basarse en la totalidad de los hechos y circunstancias apropiados para determinar la realidad de la explotación comercial de ésta, en particular, los usos que se consideren justificados en el sector económico de que se trate para mantener o crear cuotas de mercado en beneficio de los productos o de los servicios protegidos por la marca, la naturaleza de esos productos o servicios, las características del mercado, la magnitud y la frecuencia del uso de la marca. La circunstancia de que el uso de la marca no tenga relación con productos recientemente ofertados en el mercado, sino con productos ya comercializados, no priva a dicho uso de su carácter efectivo, si su titular utiliza efectivamente la misma marca para piezas de recambio que forman parte de la composición o la estructura de esos productos o para productos o servicios que tengan una relación directa con los productos ya comercializados y cuyo objeto consista en satisfacer las necesidades de la clientela de éstos”. –*Fundamento de Derecho 43*–.

de acuerdo con el significado que se hubiere fijado en el contexto comunitario en el que se generó y atendiendo a los criterios o parámetros que en él se hubieren consolidado. Pues bien, a tal efecto, resulta imprescindible tomar en consideración la doctrina fijada de un modo reiterado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual establece un significado amplio de la citada figura de «empresa»¹⁹.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada), de 4 de Marzo de 2003 -*Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) V. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-319/99*-. “En primer lugar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho Comunitario...cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias del Tribunal de Justicia Höfner y Elser, citada en el apartado 17 supra, apartado 21; Poucet y Pistre, citada en el apartado 14 supra, apartado 17; Fédération française des sociétés d’assurances y otros, citada en el apartado 26 supra, apartado 14; de 11 de diciembre de 1997, Job Centre, C-55/96, Rec. p. I-7119, apartado 21, y Albany, citada en el apartado 27 supra, apartado 77; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlereforening/Comisión, T-61/89, Rec. p. II-1931, apartado 50, y de 30 de marzo de 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión, T-513/93, Rec. p. II-1807, apartado 36)” -*Fundamento de Derecho 35*-. “A este respecto, lo que caracteriza el concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36, y la sentencia Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión, citada en el apartado anterior, apartado 36) y no la actividad de compra en cuanto tal. Así, como afirma la Comisión, no procede disociar la actividad de compra del producto del uso posterior que el comprador da al producto adquirido para apreciar la naturaleza de aquélla. En consecuencia, debe considerarse que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente el carácter de la actividad de compra” -*Fundamento de Derecho 36*-.

Vide, en igual sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de Febrero de 2002 -*J.C.J. Wouters & J.W. Savelbergh & Price Waterhouse Belastingadviseurs BV V. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Asunto C-309/99*-, sobre abogados colegiados -*Fundamento de Derecho 49*- y Colegios de Abogados -*Fundamento de Derecho 64*-; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de Septiembre de 2000 -*Didier Mayeur V. Association Promotion de l’information messine (APIM), Asunto C-175/99*-, sobre transmisión de actividad a persona jurídica de Derecho Público y actividad ejercida sin ánimo de lucro o por razones de interés público -*Fundamentos de Derecho 32, 33 y 40*-. Sentencia

Finalmente, habría de ponerse de relieve que la regulación nacional, a diferencia del ordenamiento comunitario²⁰, limita o acota el ámbito en el que opera la eficacia identificadora y distintiva de los signos en cuestión, constrañéndola al mercado, en el caso de las marcas –*artículo 4.1 LVM-*, y al tráfico mercantil, en el supuesto de los nombres comerciales –*artículo 87.1 LVM-*.

II.2. Clases

La gran variedad de marcas existente conlleva que las mismas sean susceptibles de sistematizarse atendiendo a diferentes criterios²¹.

del Tribunal de Justicia, de 12 de Septiembre de 2000 –*Pavel Pavlov and & V. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98-*, sobre fondo profesional de pensiones considerado como empresa –*Fundamentos de Derecho 74 a 80-*. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada), de 30 de Marzo de 2000 –*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali V. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T—513/93-*, sobre la calificación de los agentes de aduanas como empresa –*Fundamentos de Derecho 36 a 39-*. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de Septiembre de 1999 –*Maatschappij Drijvende Bokken BV V. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, Asunto C—219/97-*, sobre un fondo sectorial de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias –*Fundamentos de Derecho 67 a 77-*.

²⁰ *Artículo 2 Signos que pueden constituir una marca.* PDM.- “Podrán constituir marcas todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras”.

Artículo 4 Signos que pueden constituir una marca comunitaria. RMC.- “Podrán constituir comunitarias todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, en particular las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas”.

²¹ *Vide*, en este sentido, BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*, edición a cargo de MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Madrid, 2002, págs. 230 y ss. ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *La marca y otros signos distintivos*, en “Derecho Mercantil. Volumen I”, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., Barcelona, 2002, págs. 639 y ss. SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Madrid, 2003, págs. 166 y ss.

II.2.1. *Clasificación legal o normativa*

Así, cabría establecer una primera clasificación de acuerdo con la «configuración» que pudiese presentar un signo a fin de acceder a la categoría de marca –*artículo 4.2 LVM*–. Pues bien, en tal clasificación se hallarían, en primer lugar, las *marcas denominativas*, esto es, aquéllas en las que el signo distintivo se hallare configurado por palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que, siendo nombres o no, sirvieran para identificar a las personas, ya fueran físicas o jurídicas –*apartado a)*–. Ahora bien, en la misma categoría cabría englobar los signos compuestos por letras, cifras y sus combinaciones, aun cuando no llegaren a constituir palabra alguna –*apartado c)*–. En segundo lugar, se encuentran las *marcas gráficas*, que son aquéllas en las que el signo distintivo se hallare constituido por imágenes, figuras, símbolos o dibujos, bien fuere uno solo o bien fuere una combinación de ellos –*apartado b)*–. En tercer lugar, cabe citar las *marcas tridimensionales*, es decir, aquéllas en las que su configuración derivare del mero envoltorio o envase en el que el producto o servicio fuere ofertado al usuario o consumidor. Asimismo, dentro la presente categoría también incluye los supuestos en los que el signo fuere la forma misma del producto o de su presentación –*apartado d)*–. En cuarto lugar, cabe destacar las *marcas sonoras* –*apartado e)*–, y, finalmente, las *marcas mixtas*, que son el resultado de la combinación de dos o más signos que constituyeren, a su vez, elementos propios de las marcas denominativas, gráficas, tridimensionales y sonoras –*apartado f)*–.

II.2.2. *Clasificación material*

De otra parte, en virtud del criterio del «objeto designado», surgiría una segunda clasificación de *marcas de productos* y *marcas de servicios* –*artículo 4.1 LVM*–. Las primeras –*marcas de productos*– distinguirían lo que fuere fruto, bien de la actividad extractora de la persona respecto de la naturaleza, bien de la actividad transformadora que llevare a cabo el hombre respecto de las materias primas –*productos naturales y productos industriales o transformados, respectivamente*–. En cambio, las *marcas de servicios* distinguirían

la actividad que los empresarios de un sector desarrollaren con respecto a la circulación de los bienes o a la riqueza en general.

II.2.3. *Clasificación sectorial*

En base a una tercera clasificación, consistente en la «naturaleza de la actividad del empresario», cabe destacar las *marcas industriales* y las *marcas comerciales* –artículo 34.4 LVM–. Así, en tanto que la *marca industrial* es la que originariamente pone el fabricante a su producto, la *marca comercial* es la que el comerciante minorista o el distribuidor al por mayor incorpora o añade a los productos adquiridos del fabricante, sin que pueda suprimir la de éste, salvo, obviamente, el consentimiento expreso del mismo. En suma, la *marca comercial* cabe ser conceptuada como un tipo especial de *marca de servicio*²².

II.2.4. *Clasificación subjetiva*

Una cuarta clasificación respondería al criterio de la «naturaleza del titular del signo», derivando del mismo las *marcas individuales* y las *marcas colectivas*. Así, la *marca individual* sería aquélla que su titular, bien persona física o jurídica, registrare para usarla directa, personal y exclusivamente –artículo 34.1 LVM–, todo ello sin perjuicio de la utilización del signo por parte de un tercero con el consentimiento del titular –artículo 39.3 LVM– o del otorgamiento de licencias de su uso –artículos 46.2 y 48

²² ILESCAS ORTIZ, Rafael: *La marca...*, *Ob. cit.*, pág. 640.

Asimismo, en este orden de cosas se ha de tener presente el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de Junio de 1957, revisado en Estocolmo el 14 de Julio de 1967, y en Ginebra el 13 de Mayo de 1977 y modificado el 28 de Septiembre de 1979. (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 1979). En virtud del citado Arreglo, se lleva a cabo una enumeración internacionalmente establecida por el denominado Nomenclátor o Clasificación Internacional de Marcas, publicado en 1971 por la Oficina Internacional de la Propiedad Intelectual. De acuerdo con el mencionado Nomenclátor, los productos se dividen en 34 clases y los servicios, por su parte, en 11 clases.

LVM-. De otra parte, la *marca colectiva* es la que, en concepto de titular, correspondería a una asociación de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios que tuvieren capacidad jurídica, así como a las personas jurídicas de Derecho Público –*artículo 62.2 LVM-*. Dicha marca serviría para distinguir en el mercado los productos o servicios de los miembros de la asociación titular de la marca en cuestión respecto de los productos o servicios de otras empresas –*artículo 62.1 LVM-*. Asimismo, la *marca colectiva* ha de presentar un Reglamento de uso –*artículo 38.1 RELVM-*, el cual habrá de ser acompañado de los Estatutos de la asociación o entidad solicitante, debidamente constituidos e inscritos –*artículo 38.3, primer inciso, RELVM-*. Igualmente, toda modificación del Reglamento de uso habrá de someterse a la aprobación de la OEPM –*artículo 38.4 RELVM-*, la cual, tras su examen, acordará su inscripción o denegación, que, en todo caso, se publicarán en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial –BOPI- [*artículo 38.5 RELVM*].

II.2.5. *Clasificación finalista o funcional*

Asimismo, cabe establecer una quinta clasificación de las marcas de acuerdo con la «función económico-empresarial» que desempeñaren. En virtud de ello, cabría citar, de una parte, las *marcas de garantía* –*artículo 68 LVM*–²³, que contribuyen a una concreta función atributiva de calidad a los productos que distinguen, por cuanto que certifican que tales productos o servicios cumplen unos requisitos comunes, especialmente en lo atinente a su calidad, componentes, origen geográfico, condiciones técnicas o modo de elaboración del producto o de prestación del servicio –*artículo 68.1 LVM-*. Igualmente, la *marca de garantía* es empleada por una pluralidad de empresas bajo el control y autorización de su titular,

²³ A este respecto, la *Exposición de Motivos IV, párrafo noveno*, LVM señala que la regulación de las marcas colectivas y de garantía propugna que “las diferencias que separan a estas dos modalidades de marcas aparezcan más nítidamente definidas, eliminado el confucionismo que siempre ha envuelto a las mismas”.

con lo que cabría afirmar que, conceptualmente, constituye una marca de uso colectivo, que se halla sometida a las reglas comunes de gobierno fijadas para ambos tipos de marca –Reglamento de uso, solicitante distinto del usuario, control técnico del solicitante por parte de la autoridad administrativa competente en el ámbito industrial en el que se empleare [artículos 74 a 78 LVM]–²⁴. En base a ello, al igual que con respecto de las *marcas colectivas*, las *marcas de garantía* han de presentar también un Reglamento de uso –artículo 38.2 RELVM–, el cual deberá acompañarse del informe favorable del órgano administrativo competente en atención a la naturaleza de los productos o servicios a los que se destinare la marca –artículo 38.3, segundo inciso, RELVM–. Del mismo modo que para el supuesto de las *marcas colectivas*, cualquier modificación del Reglamento de uso de las *marcas de garantía* habrá de someterse a la aprobación de la OEPM. La citada modificación deberá acompañarse del correspondiente informe favorable emitido por el órgano competente en atención a la naturaleza de los productos o servicios a los que se destinare la marca –artículo 38.4 RELVM–. Una vez presentada toda la documentación ante la OEPM, ésta, tras el examen de la misma, acordará su inscripción o denegación, que, en todo caso, se publicarán en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial –BOPI– [artículo 38.5 RELVM]²⁵.

De otra parte, se hallarían las *marcas defensivas* y las *marcas de reserva*. Ambos tipos de marca presentan una característica en común, cual es la de lograr su registro a fin de vedar su acceso a posibles competidores. Ahora bien, en tanto que en la *marca de reserva* su titular presenta una voluntad usarla efectiva y realmente en el futuro, en la *marca defensiva*, en cambio, el titular carece de cualquier ánimo de utilización o empleo de la misma. A tal respecto cabría señalar que, por lo que respecta a las *marcas defensivas*, resulta inadmisibles su compatibilidad o vigencia con la nueva

²⁴ Vide, a este respecto, ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *La marca...*, *Ob. cit.*, pág. 641.

²⁵ Vide, con respecto de ambos tipos de *marcas –colectiva y de garantía–*, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 33 y ss.

normativa, en tanto que en el supuesto de las *marcas de reserva* se habría de atender, en todo caso, al plazo de cinco años, contados desde la fecha de publicación de su concesión, como *vacatio* máxima permisible para su inactividad, por cuanto que, transcurrido dicho plazo, sin un uso efectivo y real en España del signo para los productos o servicios para los cuales se hubiere registrado, el signo en cuestión será sometido al régimen sancionador que contempla la nueva normativa –*artículo 39.1 LVM*–.

Finalmente, en el ámbito de la presente clasificación habría que manifestar que han desaparecido las figuras de la *marca derivada* –*artículo 9 LDM*– y de la *ampliación de marca* –*artículo 19.2 LDM*– [*Exposición de Motivos IV, párrafo séptimo LVM*]. De acuerdo con dicha *Exposición de Motivos*, la *ratio* para tal supresión se hallaría en la armonización de la nueva normativa con los sistemas mayoritarios del entorno comunitario y en el hecho de que la protección que otorgaban tales modalidades “se logra de modo más simple y con igual alcance mediante el registro de una nueva marca, en la que manteniendo el distintivo principal, se incorporen nuevos elementos distintivos de carácter accesorio, para el caso de las marcas derivadas, o mediante la solicitud de los nuevos productos o servicios a que se quiere extender la marca registrada, en el caso de la ampliación de marca”.

II.2.6. *Clasificación territorial*

En virtud de la presente clasificación se distinguirían las *marcas nacionales*, las *marcas comunitarias* y las *marcas internacionales*. Pues bien, dado que las *marcas nacionales* son analizadas en base a la normativa que se está examinando, de las mismas solamente se llevará a cabo el análisis de uno de sus principios, que presenta dimensión territorial o geográfica.

A. MARCA NACIONAL

En el ámbito de la marca nacional y estrechamente vinculado con su dimensión territorial, se halla el principio de agotamiento del derecho de

marca, formulado por la jurisprudencia alemana²⁶ –*artículo 36 LVM*–. Así, el nuevo precepto legal –*artículo 36.1 LVM*–, a diferencia de la normativa derogada –*artículo 32.1 LDM*–, extiende al ámbito comunitario –“Espacio Económico Europeo”– los efectos del agotamiento del derecho de marca²⁷. El significado de dicho principio presupone que, una vez que el titular de un derecho registrado de marca –o un tercero con su consentimiento– introdujere en el mercado un producto designado con la misma, dicho producto podrá circular libremente sin que el titular de la marca pudiese oponerse a la mencionada circulación. El nuevo precepto, amén de extender, tal y como se ha mencionado, los efectos del agotamiento del derecho de marca del ámbito nacional –espacio al cual los restringía el *artículo 32.1 LDM*– al ámbito del Espacio Económico Europeo, suprime, asimismo, el *carácter expreso* del consentimiento, que exigía la normativa derogada para que el citado principio pudiese verificarse²⁸. Así pues,

²⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho de Marcas*, Madrid, 1990, pág. 170.

²⁷ De un modo análogo, cabría señalar el agotamiento del derecho de patente –*artículo 52.2 [para la patente, en general] y 52.3 [para la patente en relación a actos relativos a la materia biológica obtenida por reproducción o multiplicación de una materia biológica protegida objeto de la patente]* de la Ley 11/1986, de 20 de Marzo, de Patentes –LP–, que hace referencia al territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea, y el agotamiento del derecho del diseño industrial –*artículo 49* de la Ley 20/2003, de 7 de Julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial –LPJDI–, que incorpora, a igual que las marcas, el ámbito del “Espacio Económico Europeo”.

Vide, a este respecto, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 28 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1452 y ss. HERAS LORENZO, Tomás de Las: *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, 1994. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos: *El sistema comunitario...*, *Ob. cit.*, págs. 221 y ss. GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*, Madrid, 1998, págs. 109 y ss. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO ANTONIO: *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I*, coordinado por URÍA, Rodrigo & MENÉNDEZ, Aurelio, Madrid, 1999, pág. 376.

²⁸ A este respecto, cabe señalar que el *artículo 52.2 y 3 LP* y el *artículo 49 LPJDI* han suprimido también dicho carácter «expreso», armonizándolo a la normativa de la Ley vigente de Marcas.

Asimismo, cabe poner de relieve que ya se postulaba en favor de ambas modificaciones CASADO CERVIÑO, Alberto: *Reforma de la Ley de Marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 349.

de acuerdo con la normativa en vigor, el mencionado principio, acorde con la previsión del artículo 7.1 PDM²⁹ se activará, bien cuando los productos fueren directamente comercializados por el titular del derecho de marca registrada, bien cuando lo fueren por un tercero con su consentimiento, independientemente de la modalidad que éste revistiere³⁰.

²⁹ Artículo 7. Agotamiento del derecho conferido por la marca. PDM.

“1.- El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento”.

³⁰ *Vide*, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de Abril de 2003 -*Van Doren + Q. GmbH V. Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH, Michael Orth; Asunto C—244/00-*:

“En los artículos 5 y 7 de la Directiva el legislador comunitario consagró la norma del agotamiento comunitario, es decir, la norma en virtud de la cual el derecho conferido por la marca no permite a su titular prohibir el uso de ésta para productos comercializados en elEEE con dicha marca por el titular o con su consentimiento. Al adoptar tales disposiciones, el legislador comunitario no ha dejado a los Estados miembros la posibilidad de prever en su Derecho nacional el agotamiento de los derechos conferidos por la marca respecto de productos comercializados en países terceros (sentencias *Silhouette International Schmied*, antes citada, apartado 26, y de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, Rec. p. I-8691, apartado 32)” -*Fundamento de Derecho 25-*.

“El efecto de la Directiva es, por tanto, limitar el agotamiento del derecho conferido al titular de la marca únicamente a los casos en que los productos son comercializados en elEEE y permitir al titular comercializar sus productos fuera de esta zona sin que tal comercialización agote sus derechos dentro delEEE. Al precisar que la comercialización fuera delEEE no agota el derecho del titular a oponerse a las importaciones de dichos productos efectuadas sin su consentimiento, el legislador comunitario ha permitido al titular de la marca controlar la primera comercialización en elEEE de los productos designados con la marca (sentencias *Sebago y Maison Dubois*, apartado 21, y *Zino Davidoff y Levi Strauss*, apartado 33, antes citadas)” -*Fundamento de Derecho 26-*.

“En dichos asuntos, en los que el Tribunal de Justicia examinó la cuestión relativa al modo de manifestación y a la prueba del consentimiento del titular de una marca a una comercialización en elEEE, constaba que los productos de que se trataba habían sido comercializados fuera delEEE por el titular o con su consentimiento y posteriormente habían sido importados y comercializados en elEEE por terceros. En los apartados 46, 54 y 58 de la sentencia *Zino Davidoff y Levi Strauss*, antes citada, el Tribunal de Justicia consideró que, en tales circunstancias, el consentimiento del titular de la marca a una

Por lo demás, en lo que respecta a los supuestos que inactivan el juego o aplicación del principio de agotamiento del derecho de marca, la normativa en vigor –*artículo 36.2 LVM*– no se separa del régimen comunitario –*artículo 7.2 PDM*, que, por otra parte, resulta, asimismo, básicamente coincidente con la regulación derogada –*artículo 32.2 LDM*–. Consiguientemente, el agotamiento del derecho de marca no se aplicará cuando existieren motivos

comercialización en el EEE no podía presumirse, que dicho consentimiento debía ser expreso o tácito y que correspondía acreditarlo al operador que invocara su existencia”. –*Fundamento de Derecho 29*–.

“En consecuencia, la extinción del derecho exclusivo resulta bien del consentimiento del titular a una comercialización en el EEE, manifestado de manera expresa o tácita, bien de la comercialización en el EEE por el propio titular. Por consiguiente, tanto el consentimiento del titular como la comercialización por éste en el EEE, que equivalen a una renuncia al derecho exclusivo, constituyen elementos que determinan la extinción de este derecho”. –*Fundamento de Derecho 34*–.

“De ello resulta necesariamente que, en caso de que el tercero demandado logre demostrar que existe un riesgo real de compartimentación de los mercados nacionales si recae sobre él la carga de probar que los productos fueron comercializados en el EEE por el titular de la marca o con su consentimiento, incumbe al titular de la marca acreditar que los productos fueron comercializados inicialmente por él o con su consentimiento fuera del EEE. Si se acredita este extremo, corresponde entonces al tercero probar la existencia de un consentimiento del titular para la ulterior comercialización de los productos en el EEE (véase la sentencia Zino Davidoff y Levi Strauss, antes citada, apartado 54)”. –*Fundamento de Derecho 41*–.

“Procede por tanto responder a la cuestión prejudicial que una norma en materia de prueba con arreglo a la cual el agotamiento del derecho de marca constituye un motivo de defensa para el tercero demandado por el titular de la marca, de modo que los requisitos de dicho agotamiento deben, en principio, ser probados por el tercero que lo invoca, es compatible con el Derecho comunitario, en particular con los artículos 5 y 7 de la Directiva. No obstante, las exigencias derivadas de la protección de la libre circulación de mercancías, establecida, en particular, en los artículos 28 CE y 30 CE, pueden requerir que se adapte dicha norma en materia de prueba. Así, en el supuesto de que el tercero logre demostrar que existe un riesgo real de compartimentación de los mercados nacionales si recae sobre él la carga de aportar dicha prueba, en particular cuando el titular de la marca comercializa sus productos en el EEE por medio de un sistema de distribución exclusiva, incumbe al titular de la marca acreditar que los productos fueron comercializados inicialmente por él o con su consentimiento fuera del EEE. Si se acredita este extremo, corresponde al tercero probar la existencia de un consentimiento del titular para la ulterior comercialización de los productos en el EEE”. –*Fundamento de Derecho 42*–.

legítimos que justificaren que el titular se opusiere a la comercialización ulterior de los productos y, en especial, cuando el estado de tales productos se hubiere modificado o alterado tras su comercialización.

B. MARCA COMUNITARIA

La marca comunitaria se halla sustantivamente regulada por el Reglamento (CE) N.º.40/94 del Consejo, de 20 de Diciembre de 1993, sobre la Marca Comunitaria –RMC–, cuyo estudio y análisis excede, en gran manera, la naturaleza y finalidad del presente trabajo. Ello no obstante, y poniendo de relieve los *principios de unidad, coexistencia*³¹ y *relativa autonomía* que informan la marca comunitaria³², se procederá al examen de la misma en la medida en que la nueva normativa nacional contemplare un régimen determinado respecto de ella.

³¹ *Vide*, a este respecto, principalmente, Sentencias del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 9 de Julio de 2003 –*Laboratorios RTB, S.L., V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Giorgio Beverly Hills, Inc.; Asuntos T-162/01 y T-156/01*–; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 3 de Julio de 2003 –*José Alejandro, S.L. V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Anheuser-Busch Inc.; Asunto T-129/01*–; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 9 de Abril de 2003 –*Duferrit GmbH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Kolene Corporation; Asunto T-224/01*–; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 12 de Marzo de 2003 –*Jean M. Goulbourn V. V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Redcats S.A.; Asunto T-174/01*–; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 23 de Octubre de 2002 –*Claudia Oberhauser V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Petit Liberto, S.A.; Asunto T-104/01*–; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 23 de Octubre de 2002 –*Matratzen Concord GMBH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Hukla Germany, S.A.; Asunto T-6/01*–; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 23 de Octubre de 2002 –*Institut für Lemsysteme GmbH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & ELS Educational Services, Inc.; Asunto T-388/00*–.

³² *Vide*, en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, pág. 36. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, pág. 1433. BROSETA PONT, Manuel: *Manual...*, *Ob. cit.*, pág. 244. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *El sistema comunitario...*, *Ob. cit.*, págs. 34 y ss. GÓMEZ SEGADE, José Antonio, en *Comentarios...*, *Ob. cit.*, págs. 35 y ss.

En este orden de cosas, cabe señalar que la regulación que la legislación nacional presenta en relación a las marcas comunitarias –*Título IX LVM*– resulta muy parcial y limitada, tratando únicamente ciertos aspectos procedimentales.

Así, en primer lugar, se establece la posibilidad de que la *presentación de una solicitud de marca comunitaria*, al amparo del *artículo 25.1.b) RMC*³³, se lleve a cabo ante la OEPM, generando el pago de la tasa correspondiente –*artículo 84 y Anexo. Tarifa Primera.1.1.d) LVM*–. La OEPM indicará la fecha de recepción de la solicitud y el número de páginas que la compongan, transmitiéndola a la OAMI, en el caso de que la citada tasa hubiere sido ya satisfecha.

Igualmente, en el caso de que una marca comunitaria se beneficiare de la antigüedad de una marca anterior con efectos en España, se podrá declarar la caducidad o nulidad de dicha marca anterior, aun cuando la misma ya estuviere extinguida por falta de renovación, renuncia del titular o, en su caso, impago de las tasas de mantenimiento –*artículo 85 LVM*–.

De otra parte, se regula la *transformación [concesión directa] de una marca comunitaria en marca nacional*. Así, el procedimiento de transformación de una solicitud o de una marca comunitaria en solicitud de marca nacional habrá de iniciarse con la recepción por la OEPM de la petición de transformación que le transmitiere la OAMI –*artículo 86.1 LVM*–. Asimismo, a efectos de los *artículos 31 y 32 LVM* –duración y renovación, respectivamente–, se considerará como fecha de presentación la del día en que la solicitud de transformación hubiere sido recibida por la OEPM –*artículo 86.5 LVM*–. La citada solicitud de transformación no habrá de ser necesariamente acompañada del formulario de solicitud de registro previsto en

³³. *Artículo 25. Presentación de la solicitud. RMC.*

“1.- La solicitud de marca comunitaria se presentará, a elección del solicitante:

b) ante el servicio central de la Propiedad Industrial de un Estado Miembro o ante la Oficina de Marcas del Benelux. La solicitud así presentada surtirá los mismos efectos que si se hubiera presentado en la misma fecha ante la Oficina”.

el artículo 1 RELVM –artículo 42.1 RELVM–. Ahora bien, de acuerdo con los artículo 42.1, *in fine*, RELVM, en el plazo de dos meses, a contar desde la recepción de la petición de transformación por la OEPM, el solicitante habrá de acompañar los documentos y cumplir los requisitos previstos en el artículo 86.2 LVM, los cuales consisten en el abono de las tasas establecidas en el artículo 12.2 LVM –*apartado a)*–; la presentación de una traducción al castellano de la petición de transformación y de los documentos que la acompañaren cuando no estuvieren redactados en dicho idioma –*apartado b)*–; la designación de un domicilio en España a efectos de notificaciones, de conformidad con el artículo 29.4 LVM –*apartado c)*– y el suministro de cuatro reproducciones de la marca en el caso de que la misma fuere gráfica o contuviere elementos gráficos –*apartado d)*–. Si en el plazo citado de dos meses no se cumplieren los requisitos mencionados, la solicitud de transformación se tendrá por desistida. En cambio, si se cumplieren los requisitos, la OEPM resolverá sobre la admisibilidad de la transformación solicitada, de acuerdo con lo previsto en los artículos 108.2 y 110.1 RMC³⁴ –artículo 86.3 LVM–. A este respecto, en el caso de que la OEPM considerare que la solicitud de transformación no pudiese ser aceptada por concurrir alguno de los motivos previstos en el artículo 108.2 RMC, lo notificará al solicitante, otorgándole el plazo de un mes para que presente sus alegaciones –artículo 42.2, *primer inciso*, RELVM–. De otra parte, la soli-

³⁴ Artículo 108 Petición de apertura del procedimiento nacional. RMC.

“2. No habrá transformación:

cuando el titular de la marca comunitaria haya sido privado de sus derechos por falta de uso de esa marca, a no ser que, en el Estado miembro para el que se solicite la transformación de la marca comunitaria, ésta se haya utilizado en condiciones que constituyan un uso efectivo en el sentido de la legislación de dicho Estado Miembro;

cuando lo que se pretende sea la protección en un Estado miembro en el que, según resolución de la Oficina o del tribunal nacional, pese sobre la solicitud o la marca comunitaria un motivo de denegación de registro, de revocación o de nulidad”.

Artículo 110. Requisitos formales de la transformación. RMC.

“1. El Servicio Central de la propiedad industrial al que se transmita la petición decidirá sobre su admisibilidad”.

cidad de transformación se considerará presentada en la fecha de presentación que se le hubiere otorgado como solicitud de marca comunitaria y, si hubiere tenido prioridad o antigüedad reivindicada, gozará de tales derechos. Por lo demás, la solicitud de transformación se tramitará como una solicitud de marca nacional.

No obstante, en el caso de que la solicitud de transformación versare sobre una marca comunitaria ya registrada, se acordará sin más trámite su *concesión* como marca nacional –no efectuándose la publicación de la solicitud, sino de la concesión del registro con arreglo a lo previsto en el *artículo 23.3 RELVM [artículo 42.3 RELVM]*–, aplicándosele las disposiciones del *artículo 22.4 LVM*, salvo que, debido a la renuncia, falta de renovación o a cualquier otra causa provocada por su titular, hubiere quedado pendiente de pronunciamiento en cuanto al fondo algún motivo de nulidad o caducidad, susceptibles de afectar a la protección de la marca en España, en cuyo caso se tramitará como una solicitud de marca nacional. Asimismo, en el caso de que se hubiere procedido a la concesión directa, contra el acuerdo de la misma no podrá formularse recurso alguno basado en la concurrencia de prohibiciones absolutas o relativas, mas sí podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos exigidos para la válida transformación o concesión directa de la marca comunitaria solicitada –*artículo 86.4 LVM*–. En cambio, cuando se considerare que la marca comunitaria no puede ser concedida directamente, se otorgará también el plazo de un mes al solicitante para que presente su contestación, recibida la cual la OEPM resolverá lo que procediere –*artículo 42.2, in fine, RELVM*–.

En todo caso, de acuerdo con el *artículo 24.2 RELVM*, en el caso de una marca transformada, además de las menciones que, en base al *artículo 24.1 RELVM*, han de constar en el título de registro a expedir por la OEPM, en el mismo habrán de figurar la marca de origen y su número, la fecha de presentación en la Oficina de origen y, en su caso, los datos relativos a la antigüedad reivindicada.

C. MARCAS INTERNACIONALES

C.1. Marcas internacionales «ad intra»

Las *marcas internacionales* se hallan reguladas en el *Título VIII LVM*³⁵. Ahora bien, en aras a una mayor racionalidad, sistemática y claridad expositiva o didáctica, se procederá a su estudio en base a diversas categorías diferenciadas.

El registro de una marca que se hubiere efectuado en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OIOMPI– al amparo del Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, de 14 de Abril de 1891 –AMRIM–³⁶, del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas, de 27 de Junio de 1989 –PAMRIM– o de ambos, extenderá sus efectos automáticamente a España, siempre que el titular lo solicitare expresamente –*artículo 79 LVM*–³⁷.

³⁵ Vide, a este respecto, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 34 y ss. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: *Importancia del Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas*, “Oficina Española de Patentes y Marcas: Cien años de marcas internacional”, Madrid, 1991, págs. 19 y ss. BOTANA AGRA, Manuel: *La protección de las Marcas Internacionales...*, *Ob. cit.*, passim. IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Director): *Los derechos de protección intelectual en la Organización Mundial del Comercio. Dos Volúmenes*, Madrid, 1997.

³⁶ El citado Arreglo de Madrid ha experimentado sucesivas revisiones: Bruselas, 14 de Diciembre de 1900; Washington, 2 de Junio de 1911; La Haya, 6 de Noviembre de 1925; Londres, 2 de Junio de 1934; Niza, 15 de Junio de 1957; Estocolmo, 14 de Julio de 1967. Finalmente, ha sido modificado el 28 de Septiembre de 1979 (BOE N.º. 147, de 20 de Junio de 1979).

³⁷ *Artículo 4. Efectos del Registro Internacional. AMRIM.*

“1.- A partir del registro así efectuado en la Oficina Internacional según las disposiciones de los Artículos 3 y Artículo 3ter, la protección de la marca en cada uno de los países contratantes interesados será la misma que si esta marca hubiera sido depositada directamente en ellos. La clasificación de los productos o servicios prevista en el Artículo 3 no obliga a los países contratantes en cuanto a la apreciación del alcance de la protección de la marca.

2.- Toda marca que haya sido objeto de un registro internacional gozará del derecho de prioridad establecido por el Artículo 4 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial sin que sea necesario cumplir las formalidades previstas en la letra 4.D de dicho artículo”.

Artículo 2. Obtención de la protección mediante el registro Internacional. PAMRIM.

“1.- Cuando una solicitud de registro de una marca haya sido presentada en la Oficina de una Parte Contratante, o cuando una marca haya sido registrada en el registro de la Oficina de una Parte Contratante, el solicitante de esa solicitud (denominada en adelante “la solicitud de base”) o el titular de ese registro (denominado en adelante “el registro de base”), sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Protocolo, podrá asegurarse la protección de su marca en el territorio de las Partes Contratantes, obteniendo el registro de esa marca en el registro de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (denominados en adelante, respectivamente, “el registro internacional”, “el Registro Internacional”, “la Oficina Internacional” y “la Organización”), a condición de que,

i) cuando la solicitud de base haya sido presentada en la Oficina de un Estado contratante o cuando el registro de base haya sido efectuado por tal Oficina, el solicitante de esa solicitud o el titular de dicho registro sea nacional de ese Estado contratante o esté domiciliado, o tenga un establecimiento industrial o comercial efectivo y real, en dicho Estado contratante;

ii) cuando la solicitud de base haya sido presentada en la Oficina de una organización contratante o cuando el registro de base haya sido efectuado por tal Oficina, el solicitante de esa solicitud o el titular de ese registro sea nacional de un Estado miembro de esa organización contratante o esté domiciliado, o tenga un establecimiento industrial o comercial efectivo y real, en el territorio de dicha organización contratante.

2.- La solicitud de registro internacional (denominada en adelante “la solicitud internacional”) deberá presentarse en la Oficina Internacional por conducto de la Oficina en la que haya sido presentada la solicitud de base o por la que se haya efectuado el registro de base (denominada en adelante “la Oficina de origen”), según sea el caso.

3.- En el presente Protocolo, toda referencia a una “Oficina” o a la “Oficina de una Parte Contratante”, se entenderá como una referencia a la Oficina que está encargada del registro de marcas por cuenta de una Parte Contratante, y toda referencia a “marcas”, se entenderá como una referencia tanto a marcas de productos como a marcas de servicios.

4.- En el presente Protocolo, se entenderá por “territorio de una Parte Contratante”, cuando la Parte Contratante sea un Estado, el territorio de dicho Estado y, cuando la Parte Contratante sea una organización intergubernamental, el territorio en el cual se aplique el tratado constitutivo de dicha organización intergubernamental”.

Artículo 4 Efectos del registro internacional. PAMRIM.

“1.-

a) A partir de la fecha del registro o de la inscripción efectuados con arreglo a lo dispuesto en los Artículo 3 y Artículo 3ter, la protección de la marca en cada una de las Partes Contratantes interesadas será la misma que si esa marca hubiera sido depositada

Ello no obstante, la protección de la marca internacional en España cabe ser denegada, en virtud de los *artículos 5 AMRIM* y *PAMRIM*³⁸, los cuales

directamente en la Oficina de esa Parte Contratante. Si no se hubiese notificado ninguna denegación a la Oficina Internacional de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5.1) y Artículo 5.2), o si una denegación notificada de conformidad con dicho artículo se hubiese retirado posteriormente, la protección de la marca en la Parte Contratante interesada será, con efectos a partir de dicha fecha, la misma que si esa marca hubiera sido registrada por la Oficina de esa Parte Contratante.

b) La indicación de las clases de productos y servicios prevista en el Artículo 3 no obligará a las Partes Contratantes en cuanto a la apreciación de la amplitud de la protección de la marca.

2.- Todo registro internacional gozará del derecho de prioridad establecido por el Artículo 4 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, sin que sea necesario cumplir las formalidades previstas en la letra 4.D de dicho artículo”.

³⁸ *Artículo 5. Denegación por parte de las Administraciones Nacionales. AMRIM.*

“1.- En los países cuya legislación lo autorice, las Administraciones a las que la Oficina Internacional notifique el registro de una marca, o la petición de extensión de la protección formulada de conformidad con el Artículo 3ter, tendrán la facultad de declarar que no puede concederse protección a dicha marca en sus territorios. No podrá hacerse esta denegación más que en las condiciones establecidas en virtud del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial para una marca presentada a registro nacional. Sin embargo, no podrá rehusarse la protección, ni siquiera parcialmente, por el mero hecho de que la legislación nacional no autorice el registro más que en un número limitado de clases o para un número limitado de productos o de servicios.

2.- Las Administraciones que quieran hacer uso de esta facultad tendrán que notificar su negativa, indicando todos los motivos, a la Oficina Internacional, en el plazo previsto por su legislación nacional y, a más tardar, antes de finalizar un año contado a partir del registro internacional de la marca o de la petición de extensión de la protección formulada de conformidad con el Artículo 3ter.

3.- La Oficina Internacional transmitirá sin demora a la Administración del país de origen y al titular de la marca o a su mandatario, si éste ha sido señalado a la Oficina por la mencionada Administración, uno de los ejemplares de la declaración negativa así notificada. El interesado tendrá los mismos medios de recurso que si la marca hubiera sido depositada directamente por él en el país donde la protección es denegada.

4.- Los motivos de la denegación de una marca deberán ser comunicados por la Oficina Internacional a los interesados que lo soliciten.

5.- Las Administraciones que en el plazo máximo antes indicado de un año no hayan comunicado, respecto de un registro de marca o de una petición de extensión de pro-

tección, ninguna decisión de denegación provisional o definitiva a la Oficina Internacional perderán el beneficio de la facultad prevista en el párrafo 1) del presente artículo en relación con la marca en cuestión.

6.- La anulación de una marca internacional no podrá ser decidida por las autoridades competentes sin que al titular de la marca se le haya puesto en condiciones de hacer valer sus derechos en tiempo útil. La anulación será notificada a la Oficina Internacional”.

Artículo 5. Denegación e invalidación de los efectos del registro internacional respecto de ciertas Partes Contratantes. PAMRIM.

“1.- Cuando la legislación aplicable lo autorice, la Oficina de una Parte Contratante a la que la Oficina Internacional haya notificado una extensión a esa Parte Contratante, según el Artículo 3ter.1) o Artículo 3ter.2), de la protección resultante de un registro internacional, tendrá la facultad de declarar en una notificación de denegación que la protección no puede ser concedida en dicha Parte Contratante a la marca objeto de esa extensión. Tal denegación sólo podrá fundarse en los motivos que se aplicarían, en virtud del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, en el caso de una marca depositada directamente en la Oficina que notifique la denegación. No obstante, la protección no podrá denegarse, ni siquiera parcialmente, por el único motivo de que la legislación aplicable sólo autorice el registro en un número limitado de clases o para un número limitado de productos o servicios.

2.-

a) Toda Oficina que desee ejercer esta facultad deberá notificar su denegación a la Oficina Internacional, con indicación de todos los motivos, en el plazo prescrito por la legislación aplicable a esa Oficina y lo más tarde, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados b) y apartado c), antes del vencimiento de un año a partir de la fecha en la que la notificación de la extensión prevista en el párrafo 1) ha sido enviada a dicha Oficina por la Oficina Internacional.

b) No obstante lo dispuesto en el apartado a), toda Parte Contratante podrá declarar que, para los registros internacionales efectuados en virtud del presente Protocolo, el plazo de un año mencionado en el apartado a) será reemplazado por 18 meses.

c) Tal declaración podrá precisar además que, cuando una denegación de protección pueda resultar de una oposición a la concesión de la protección, esa denegación podrá ser notificada a la Oficina Internacional por la Oficina de dicha Parte Contratante después del vencimiento del plazo de 18 meses. Respecto de un registro internacional determinado, tal Oficina podrá notificar una denegación de protección después del vencimiento del plazo de 18 meses, pero solamente si

i) antes de la expiración del plazo de 18 meses ha informado a la Oficina Internacional de la posibilidad de que se formulen oposiciones después de la expiración del plazo de 18 meses, y

ii) la notificación de la denegación fundada en una oposición se efectuase en un plazo máximo de siete meses a partir de la fecha en que comience a transcurrir el plazo de oposición; si el plazo de oposición expirase antes de los siete meses, la notificación deberá efectuarse en el plazo de un mes a partir de la expiración de dicho plazo de oposición.

d) Toda declaración en virtud de los apartado b) o apartado c) podrá efectuarse en los instrumentos mencionados en el Artículo 14.2), y la fecha en la que surtirá efecto la declaración será la misma que la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo respecto del Estado u organización intergubernamental que haya efectuado la declaración. Tal declaración también podrá efectuarse ulteriormente, en cuyo caso la declaración surtirá efecto tres meses después de su recepción por el Director General de la Organización (denominado en adelante “el Director General”), o en cualquier fecha posterior indicada en la declaración, respecto de los registros internacionales cuya fecha es la misma o posterior que aquella en la que surta efecto la declaración.

e) Al expirar un período de diez años a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo, la Asamblea examinará el funcionamiento del sistema establecido por los apartado a) a apartado d). Después de dicho examen, las disposiciones de dichos apartados podrán modificarse mediante una decisión unánime de la Asamblea.

3.- La Oficina Internacional transmitirá sin demora al titular del registro internacional uno de los ejemplares de la notificación de denegación. Dicho titular tendrá los mismos medios de recurso que si la marca hubiese sido depositada directamente por él en la Oficina que haya notificado su denegación. Cuando la Oficina Internacional haya recibido una información en virtud del párrafo 2)c)i), transmitirá sin demora dicha información al titular de registro internacional.

4.- Los motivos de denegación de una marca se comunicarán por la Oficina Internacional a los interesados que lo soliciten.

5.- Toda Oficina que, respecto de un registro internacional determinado, no haya notificado a la Oficina Internacional una denegación provisional o definitiva, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1) y párrafo 2), perderá, respecto de ese registro internacional, el beneficio de la facultad prevista en el párrafo 1).

6.- La invalidación, por las autoridades competentes de una Parte Contratante, de los efectos en el territorio de esa Parte Contratante de un registro internacional no podrá pronunciarse sin que al titular de ese registro internacional se le haya ofrecido la posibilidad de hacer valer sus derechos en tiempo útil. La invalidación se notificará a la Oficina Internacional”.

únicamente admiten como fundamento de la denegación los motivos que se aplicaren en virtud del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de Marzo de 1883 –CUP–³⁹. Ahora bien, sin perjuicio de ello, en base al reenvío interno del *artículo 80.2 LVM* a los *artículos 19 y 20 LVM*, también cabe el derecho de oposición de cualquier persona, invocando a tal efecto las prohibiciones del Título II LVM –prohibiciones tanto absolutas como relativas–, al igual que el examen de oficio de la Oficina Española de Patentes y Marcas –OEPM– a fin de determinar si se incurre en alguna de las prohibiciones de los *artículos 5 y 9.1.b) LVM*.

Igualmente, la normativa establece, *mutatis mutandis*, los ajustes precisos para el citado supuesto de marca internacional. Así, la publicación de la solicitud, que en el caso de las marcas nacionales se lleva a cabo por la OEPM en el BOPI –*artículo 18 LVM*–, se reemplaza por la publicación que la OIOMPI efectúe en su Gaceta Periódica, de acuerdo con lo previsto en los *artículos 3.4 AMRIM y PAMRIM*⁴⁰, de la cual la OEPM publicará una mención en el BOPI –*artículo 80.3 LVM*–; publicación esta

³⁹ El mencionado Convenio de la Unión de París ha experimentado sucesivas revisiones: Bruselas, 14 de Diciembre de 1900; Washington, 2 de Junio de 1911; La Haya, 6 de Noviembre de 1925; Londres, 2 de Junio de 1934; Lisboa, 31 de Octubre de 1958; Estocolmo, 14 de Julio de 1967. Por último, ha sido enmendado el 28 de Septiembre de 1979.

⁴⁰ *Artículo 3. Contenido de la solicitud de registro internacional. AMRIM.*

“4.- La Oficina Internacional registrará inmediatamente las marcas depositadas conforme a lo dispuesto en el Artículo 1. El registro llevará la fecha de la solicitud de registro internacional en el país de origen siempre que la solicitud haya sido recibida por la Oficina Internacional en un plazo de dos meses contados desde esa fecha. Si la solicitud no ha sido recibida en ese plazo, la Oficina Internacional la inscribirá con la fecha en que la reciba. La Oficina Internacional notificará este registro sin dilación a las Administraciones interesadas. Las marcas registradas serán publicadas en una Hoja periódica editada por la Oficina Internacional, en base a las indicaciones contenidas en la solicitud de registro. Por lo que se refiere a las marcas que comporten un elemento figurativo o un grafismo especial, el Reglamento determinará si el depositante deberá proporcionar un clisé”.

Artículo 3. Solicitud internacional. PAMRIM.

“4.- La Oficina Internacional registrará inmediatamente las marcas presentadas de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2. El registro internacional llevará la fecha en la que

a partir de la cual empezará a contar el plazo de oposición establecido en el *artículo 19.2 LVM – artículo 80.4 LVM–*. Finalmente, la denegación de la protección provisional –en el supuesto previsto por el *artículo 21.1 LVM–* o definitiva –en el supuesto contemplado por el *artículo 22.1 LVM–* serán notificadas a la OIOMPI en la forma y plazo establecidos por el Reglamento Común del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y del Protocolo concerniente a ese Arreglo –RCAMRIM/PAMRIM–⁴¹.

C.2. Marcas internacionales «ad extra»

El titular de una marca registrada en España, al amparo del Arreglo de Madrid, o el titular o el mero solicitante de una marca, al amparo del Protocolo, podrán presentar una solicitud de registro internacional en el órgano que resultare competente, de acuerdo con lo previsto en el *artículo 11.1. 2, 3 y 4 LVM*, habiendo de satisfacerse en tal momento –al igual que en los casos de renovación o de inscripción de cualquier modificación– una tasa nacional, sin cuyo pago no se procederá a la tramitación correspondiente –*artículo 81 LVM–*. Por último, se regula el examen preliminar de la solicitud internacional que realizaren el órgano competente ante el que se hubiere presentado tal solicitud –*artículo 40.1 RELVM–* y la OEPM, como Oficina de origen –*artículo 40.2 RELVM–*, así como el procedimiento de su tramitación, atendiendo especialmente a los supuestos de existencia de defectos y, en su caso, a la subsanación de los mismo –*artículos 82 LVM y 40.3 RELVM–*.

haya sido recibida la solicitud internacional por la Oficina de origen, a condición de que la solicitud internacional haya sido recibida por la Oficina Internacional en el Plazo de dos meses a partir de esa fecha. Si la solicitud internacional no hubiese sido recibida en ese plazo, el registro internacional llevará la fecha en la que dicha solicitud internacional haya sido recibida por la Oficina Internacional. La Oficina Internacional notificará sin demora el registro internacional a las Oficinas interesadas. Las marcas registradas en el Registro Internacional serán publicadas en una Gaceta periódica editada por la Oficina Internacional, sobre la base de las indicaciones contenidas en la solicitud internacional”.

⁴¹ Texto en vigor el 1 de Abril 2002.

C.3. Transformación de un registro internacional

La nueva normativa también contempla un tercer supuesto, consistente en que un registro internacional que hubiere sido cancelado en virtud del artículo 6.4 PAMRIM⁴² podrá ser transformado en una solicitud de marca nacional para productos o servicios cubiertos en España por dicho registro internacional. A Tal fin, la correspondiente solicitud habrá de dirigirse a la OEPM en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha de cancelación del citado registro internacional –*artículo 83.2 LVM*–.

Asimismo, el régimen del procedimiento de la mencionada solicitud de transformación se reenvía al *artículo 12 LVM* –*artículo 83.2 LVM*–, habiendo de incluirse determinados nuevos datos a la solicitud [mención expresa de tratarse de una solicitud de transformación –*apartado a)*–, número y fecha del registro internacional del que trajere causa –*apartado b)*–, indicación expresa de si el citado registro está concedido o pendiente de concesión en España –*apartado c)*– y el domicilio en España, a efectos de notificaciones de conformidad con el *artículo 29.4 LVM* –*apartado d)*–]. Ahora bien, ello no obstante, también habrá de adjuntarse a la solicitud de registro una certificación de la OIOMPI en la que se indicare la marca y los productos o servicios para los cuales hubiere tenido efectos en España antes de su cancelación la protección del registro internacional. La citada certificación habrá de acompañarse de su traducción al castellano –*artículo 83.2, párrafo segundo, LVM*–.

Igualmente, la solicitud de transformación se considerará presentada en la fecha del registro internacional o de la extensión posterior para Es-

⁴² Artículo 6. Duración de la validez del registro internacional, dependencia e independencia del registro internacional. PAMRIM.

“4.- La Oficina de origen, tal como se prescribe en el Reglamento, notificará a la Oficina Internacional los hechos y decisiones pertinentes en virtud del párrafo 3), y la Oficina Internacional, tal como se prescribe en el Reglamento, notificará a las partes interesadas y efectuará toda publicación correspondiente. En su caso, la Oficina de origen solicitará a la Oficina Internacional la cancelación, en la medida aplicable, del registro internacional, y la Oficina Internacional procederá en consecuencia”.

paña, según procediere, y si, tuviere prioridad, gozará también de tal derecho. Por lo demás, la solicitud de transformación se tramitará como una solicitud de marca nacional. A tal efecto, el *artículo 41.1 y 2 RELVM* establece el modo en que ha de proceder la OEPM y los exámenes que ha de realizar. Ahora bien, en el supuesto de que la solicitud de transformación versare sobre una marca internacional ya concedida en España, se acordará sin más trámite su concesión como marca nacional, no efectuándose la publicación de la solicitud sino de la concesión del registro con arreglo a lo previsto en el *artículo 23.3 RELVM* y aplicándosele las disposiciones del *artículo 22.4 LVM*. En este orden de cosas, cabe decir que contra dicho acuerdo no podrá formularse recurso alguno basado en la concurrencia de prohibiciones absolutas o relativas, mas sí podrá fundarse, en cambio, en el incumplimiento de los requisitos exigidos para la válida transformación o concesión directa del registro internacional solicitado –*artículos 83.3 y 41.3 LVM*–.

Asimismo, a los efectos de lo dispuesto en los *artículos 31 y 32 LVM* –duración y renovación, respectivamente–, se considerará como fecha de presentación la de la fecha en que la solicitud de transformación hubiere sido recibida por la OEPM o, en su caso, la prevista en el *artículo 16.3 LVM*, es decir, la de la fecha en que se subsanare la irregularidad –*artículo 83.4 LVM*–.

Por último, al igual que en el supuesto de la transformación de la marca comunitaria, cuando se tratare de una marca trasformada, el título registro a expedir por la OEPM habrá de incluir, además de los elementos señalados en el *artículo 24.1 RELVM*, las menciones de la marca de origen y su número, la fecha de presentación en la Oficina de origen y, en su caso, los datos relativos a la antigüedad reivindicada –*artículo 24.2 RELVM*–.

II.3. Registro y nacimiento del derecho de marca

II.3.1. *Naturaleza constitutiva registral y uso extrarregistral*

El derecho sobre la marca y el nombre comercial, en cuanto derechos subjetivos, se adquiere por el registro válidamente efectuado en favor del titular o, en su caso, de los cotitulares -copartícipes- en el Registro de Marcas de la OEPM -*artículos 1.2, 2.1 y 46 LVM*-. Así pues, el registro del signo presenta una naturaleza constitutiva respecto del nacimiento de los derechos de marca y nombre comercial, lo cual queda corroborado por el régimen contemplado en los *artículo 34 a 50 LVM*⁴³. Asimismo, el registro del signo presenta otro significado en cuanto expresión formal de su concesión en favor del solicitante; esto es, el Estado, a través de una resolución administrativa de la OEPM, en *prueba* de la citada concesión, expide en favor del solicitante el correspondiente *título registro* de marca o de nombre comercial -*artículo 22.4, in fine, LVM y artículo 24 RELVM*-⁴⁴. Ahora bien, dicho registro no presenta efectos *sanatorios* con respecto de las posibles prohibiciones absolutas o relativas que pudieren afectar a la idoneidad del signo, a fin de devenir marca o nombre comercial; esto es, el registro del signo no obsta la aplicación de las disposiciones de la nueva regulación que pudieren determinar la falta de idoneidad de dicho signo para recibir, precisamente, el amparo o la tutela de la citada normativa. La eficacia del registro tan solo alcanza a declarar que el titular del signo registrado deviene en un sujeto con un *status* jurídico específico, integrado por derechos, obligaciones y acciones atribuidas o, en su caso, impuestas, *ope legis*.

⁴³ Ello no obstante, existe una postura divergente en la Doctrina científica -ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 21 y ss. y 37-, quien mantiene sus dudas respecto de la naturaleza constitutiva del registro e, incluso, afirma expresamente el carácter «potestativo» del mismo.

⁴⁴ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 245”, Madrid, Julio-Septiembre 2002, págs. 1187 y ss.

Ahora bien, la citada naturaleza constitutiva registral no significa tampoco que el mero creador o usuario de buena fe de un signo distintivo carezcan de cualquier tutela jurídica. Sin embargo, dicha tutela no tendrá, principalmente, su origen y eficacia directa en la nueva regulación, sino que habrá de procurarse a través de otros mecanismos o vías y, especialmente, por la de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal –LCD– o, en su caso, por el Convenio de la Unión de París para la Protección Industrial, de 20 de Marzo de 1883 –CUP–⁴⁵ –artículo 3.3 LVM–. En suma, la nueva regulación se halla acorde con el *considerando cuarto* PDM, que específicamente pone de relieve que la “Directiva no priva a los Estados Miembros de la facultad de continuar protegiendo las marcas adquiridas por el uso, sino que sólo regula sus relaciones con las marcas adquiridas mediante el registro”.

No obstante lo manifestado, también existe un régimen muy específico o singular de excepción, según el cual la tutela del signo distintivo no deriva del requisito *sine qua non* de su registro en la OEPM, sino de la constancia de su *notoriedad o renombre*, es decir de su prestigio o reputación

⁴⁵ Artículo 6.bis. *Marcas: marcas notoriamente conocidas*. CUP.

“1.- Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta.

2.- Deberá concederse un plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha del registro para reclamar la anulación de dicha marca. Los países de la Unión tienen la facultad de prever un plazo en el cual deberá ser reclamada la prohibición del uso.

3.- No se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe”.

⁴⁶ *Vide*, en este orden de cosas, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, pág. 25. ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1186 y ss.

en el mercado –*artículos 6.2.d), 8, 19.1 y 34.5 LVM y artículo 17.1 y 2.g) y h) RELVM*–. Sin embargo, se ha de poner de relieve que la legitimación activa de las acciones civiles o penales por violación del derecho de marca solamente se reconocen en favor del *titular de una marca registrada* –*artículo 40 LVM*–. Consiguientemente, de tal regulación cabría derivar que el titular de un signo notorio o renombrado habría de proceder, en primer lugar, a lograr el registro del mismo, a fin de conseguir, de tal manera, la legitimación activa exigida para ejercitar las acciones contempladas en los *artículos 40 y 41 LVM*⁴⁶. En todo caso, se ha de subrayar que la nueva regulación continúa negando tutela en sede registral a las marcas no registradas que carecieren de notoriedad o renombre⁴⁷, separándose, a este respecto, la normativa nacional de la normativa comunitaria⁴⁸ e italiana⁴⁹,

⁴⁷ *Vide* MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Angel: *La tutela de la marca no registrada. La experiencia italiana en materia de protección de la marca preusada en un ámbito local*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 244”, Madrid, Abril-Junio 2002, págs. 832 y ss.

⁴⁸ *Artículo 6. Limitación de los efectos de la marca.* PDM.

“2.- El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir a los terceros el uso, en el tráfico económico, de un derecho anterior de ámbito local, cuando tal derecho esté reconocido por las Leyes del Estado Miembro de que se trate y dentro de los límites del territorio en que esté reconocido”.

⁴⁹ *Artículo 9* del Real Decreto N°.929, de 21 de Junio de 1942, en materia de Marcas de Empresa, modificado por el Decreto Legislativo N° 447, de 8 de Octubre de 1999.- “En caso de uso precedente, por parte de un tercero, de una marca no registrada, que no comportare notoriedad, o comportare una notoriedad puramente local, el tercero tendrá derecho a continuar con el uso de la marca, también a los fines publicitarios, en los límites de la difusión local, no obstante la inscripción de la marca misma”.

Artículo 2571 del Código Civil –Real Decreto N°.262, de 16 de Marzo de 1942–. “Quien hubiere hecho uso de una marca no registrada tendrá la facultad de continuar usándola, no obstante la inscripción obtenida por otros, en los límites en que anteriormente se hubiere valido del signo”.

Asimismo, respecto de la confluencia de los derechos prioritarios de ámbito local en el territorio en el que fueren protegidos con la marca comunitaria, *vide* FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *El sistema comunitario...*, *Ob. cit.*, págs. 408 y ss. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Angel: *La tutela de la marca no registrada...*, *Ob. cit.*, pág. 841. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Incidencias sobre el Derecho de los Estados Miembros*, en “Comentarios a los Reglamentos

que amparan a la marca no registrada sin notoriedad o con una notoriedad puramente local frente a la inscripción posterior de un signo con respecto del cual existiere riesgo de confusión.

Pues bien, tal y como se ha puesto de relieve, el régimen de la marca no registrada no ha sido objeto de una regulación jurídica específica y especial por parte del legislador comunitario y estatal, exigiendo, sin embargo, un análisis con cierto detenimiento. En este sentido, cabría destacar determinados aspectos referentes a la misma, respecto de los cuales existe unanimidad en la doctrina científica nacional y foránea⁵⁰. Así, de una parte, la tutela de la marca no registrada ha de quedar supeditada a la concurrencia de las mismas condiciones de validez establecidas por la normativa especial para los signos registrados –principios de prioridad, originalidad, licitud y veracidad–, puesto que, de otro modo, se originaría la desaparición del sistema registral derivado del hecho de la existencia de signos distintivos que, llevando a cabo las mismas funciones y obteniendo protección del ordenamiento jurídico, se hallarían sometidos a un régimen jurídico más flexible y desvinculado de los requisitos de vali-

sobre la Marca Comunitaria”, coordinado por CASADO CERVIÑO, Alberto & LLOBREGAT HURTADO, M^a. Luisa, Madrid, 2000, págs. 1067 y ss.

Igualmente, en tal sentido, habría de ponerse de relieve el *Artículo 107. Derechos anteriores de alcance local*. RMC.

“1. El titular de un derecho anterior de alcance local podrá oponerse al uso de la marca comunitaria en el territorio en el que ese derecho esté protegido, en la medida en que lo permita el derecho del Estado miembro de que se trate.

2. El apartado 1 dejará de ser aplicable si el titular del derecho anterior hubiere tolerado, teniendo conocimiento de ello, el uso de la marca comunitaria en el territorio en el que ese derecho esté protegido, durante cinco años consecutivos, a no ser que la presentación de la solicitud de la marca comunitaria se hubiere efectuado de mala fe.

3. El titular de la marca comunitaria no podrá oponerse al uso del derecho contemplado en el apartado 1, incluso si ese derecho no pudiera ya alegarse contra la marca comunitaria”.

⁵⁰ *Vide*, en este sentido, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Angel: *La tutela de la marca no registrada...*, *Ob. cit.*, págs. 829 y ss.

dez⁵¹. De otra parte, la protección de la marca no registrada resulta menor en intensidad y extensión respecto de la marca registrada, por cuanto que, amén de no disfrutar de una presunción *iuris tantum* de validez y existencia de la misma, el derecho de su titular se halla restringido, tanto productiva como territorialmente⁵².

II.3.2. *Concurrencia de la buena o mala fe del solicitante*

El registro del signo y sus efectos no resultan ajenos a la concurrencia de la buena o mala fe de su solicitante. Así, la *Exposición de Motivos IV, párrafo segundo*, LVM establece expresamente que “la nueva Ley atempera el automatismo formal del nacimiento del derecho de marca, basado en el carácter constitutivo del registro, con el establecimiento del principio de la buena fe registral, al prever, como causa autónoma, la nulidad absoluta del registro de una marca, cuando la solicitud en que se basó dicho registro hubiera sido presentada de mala fe”.

Pues bien, incluso en los supuestos de signo no registrado, el mero usuario goza del derecho a ejercitar las acciones reivindicatoria y de nulidad del signo inscrito en favor de otra persona, en el caso de que probare la ausencia de buena fe del solicitante del registro efectuado –*artículos 2.2 y 2.3, 51.1.b), 52.2 y 59.a) y b) LVM*–.

II.3.3. *Competencia de las Comunidades Autónomas en concesión de registro*

Como se ha puesto de relieve al inicio del presente trabajo⁵³, la primera *ratio* justificativa de la nueva normativa, aducida por ella misma, reside en dar cumplimiento a la *Sentencia del Tribunal Constitucional*

⁵¹ Vide MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, pág. 189. PORTELLANO DÍEZ, Pedro: *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Madrid, 1995, págs. 299 y ss.

⁵² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: *La tutela de la marca no registrada...*, *Ob. cit.*, pág. 830. MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario...*, *Ob. cit.*, pág. 189.

⁵³ Vide *supra* págs. 4 y ss.

*103/1999, de 3 de Junio, que delimita las competencias que, en materia de Propiedad Industrial, corresponden a las Comunidades Autónomas y al Estado - Exposición de Motivos I, párrafo segundo, y II LVM*⁵⁴.

Ello no obstante, con carácter previo se ha de poner de manifiesto que el artículo 1.3 LVM establece el carácter de unicidad del Registro de Marcas en todo el territorio nacional, correspondiendo su llevanza a la OEPM, sin perjuicio de las competencias que, en materia de legislación de Propiedad Industrial, correspondieren a las Comunidades Autónomas⁵⁵.

⁵⁴ Así, el Fallo de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999* declara que “corresponden a las Comunidades Autónomas recurrentes las competencias de ejecución en materia de Propiedad Industrial, contenidas en los artículos 15.2 [Presentación directa de solicitud de registro de marca en el Registro de la Propiedad Industrial] y 3 [Presentación de solicitud en las Direcciones Provinciales del Ministerio de Industria y Energía], 24.1 [Examen de los requisitos formales de la solicitud por el Registro de la Propiedad Industrial], 45.1 [Suspensión de la solicitud de inscripción de cesión o licencia], 75.1 [Solicitud de registro internacional a través del Registro de la Propiedad Industrial] y 85, párrafo segundo, [Aplicación a los rótulos de establecimiento de las normas sobre procedimiento de registro previstas para las marcas] de dicha Ley”.

⁵⁵ A este respecto, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999* destaca que “no obstante, la controversia no puede analizarse en esos términos. Lo que hemos de delimitar no es hasta dónde llegan las competencias de ejecución asumidas por las Comunidades Autónomas frente al título estatal de ordenación de los registros públicos, porque el registro de marcas no se halla entre aquellos sobre los que dicho título incide.

En efecto: Al delimitar el título competencial «ordenación de los Registros públicos», en la Sentencia 71/1983, lo entendimos referido fundamentalmente a los referentes a materias de derecho privado, según el contexto en que se inscribe y, en la misma fecha (29 de julio), incardinamos el Registro mercantil, no en el título competencial de ordenación de los Registros (artículo 149.1.8 CE), sino en el de legislación mercantil (STC 72/1983, fundamento jurídico 8). Esa es, en definitiva, la distribución de competencias que efectúa la Constitución Española que, en el citado núm. 8 del artículo 149.1, atribuye al Estado la legislación civil, sin perjuicio de la conservación modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan; pero, reservando al Estado «en todo caso», entre otras materias, la ordenación de los Registros. Por lo que no cabe entender sino que los Registros a que dicha ordenación se refiere son exclusivamente los de carácter civil. En aplicación de ese criterio en múltiples resoluciones hemos ido incardinando los diferentes Registros públicos, excepto los de carácter civil, en las materias a las que hacen referencia (vid., por todas, STC 197/1996, fundamento jurídico 12).

De todo ello se desprende que, en el tema de Registro de marcas, no tiene incidencia directa la competencia estatal «ex» artículo 149.1.8 (ordenación de los Registros e instrumentos públicos) y que, por lo tanto, la materia a considerar, respecto a lo que constituye el núcleo de las impugnaciones de que aquí se trata, es la de propiedad industrial.

En tal materia, como ya ha quedado dicho, entran en juego básicamente dos títulos competenciales: El del Estado, «ex» artículo 149.1.9 CE, que le atribuye la legislación y los artículos 12.4 EAPV y 11.3 y 25.2 del EAC, que atribuyen a las Comunidades Autónomas recurrentes la ejecución. Preciso será, pues, establecer el oportuno deslinde competencial, determinando cómo juegan dichos títulos respecto de los diversos objetos de la «vindictio potestatis». —*Fundamento Jurídico 3*—.

“En primer término, merece destacarse que en múltiples ocasiones hemos declarado que la competencia de legislación habilita al Estado para establecer un régimen jurídico unitario y un Registro de ámbito nacional (SSTC 87/1985, 157/1985, 15/1989, 86/1989, 236/1991, 203/1992 y 234/1994, entre otras).

En segundo lugar, ha de advertirse que, excepcionalmente, hemos admitido, en supuestos en que se atribuye la legislación al Estado y la ejecución a las Comunidades Autónomas, el traslado de la titularidad de determinadas competencias ejecutivas «cuando además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aún en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo por mecanismos de coordinación o cooperación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar la atribución a un único titular que forzosamente debe ser el Estado» (STC 243/1994, fundamento jurídico 6º; en el mismo sentido, STC 102/1995 [RTC 1995\102], fundamento jurídico 8º)”. —*Fundamento Jurídico 4*—.

“Aplicando al caso la anterior doctrina hemos de comenzar poniendo de relieve que el ámbito de protección que la Ley otorga a las marcas y nombres comerciales se extiende a todo el territorio del Estado, en el que los particulares pueden ejercer los derechos que la Ley les confiere. Nos hallamos, pues, ante un fenómeno con una evidente y específica proyección que excede del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, a saber: Un derecho que opera como tal en el ámbito de los ordenamientos jurídicos de las diversas Comunidades Autónomas integrantes del Estado español.

La concesión del registro de marcas y nombres comerciales resulta, pues, en virtud de esa especial proyección supracomunitaria, difícilmente fraccionable. Un hipotético fraccionamiento supondría, aun contando con mecanismos de coordinación o cooperación adecuados, una enorme dificultad para garantizar la homogeneidad requerida por la naturaleza de la materia dado que marcas (y también nombres comerciales) constituyen elementos esenciales del «sistema de competencia no falseado» (Sentencia de 17 de octubre de 1990, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) sobre el que se asienta el mercado único nacional.

Pues bien, atendiendo a dicho principio teleológico y a la doctrina derivada de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, las principales novedades incorporadas por la regulación vigente cabría desarrollarlas, principalmente, en los siguientes tipos normativos. En primer

A todo ello cabe añadir que, en esta materia y en tema de Registro, se regula el ejercicio de una propiedad especial, esto es, de un derecho reconocido en la Constitución Española, por lo que cobra relieve «el acceso (al Registro) en condiciones de igualdad» de todos los ciudadanos (STC 236/1991 fundamento jurídico 6º). Por eso hemos afirmado, con ocasión de Registro de Empresas cinematográficas, e invocando el artículo 149.1.1 CE, que «si la inscripción registral estuviese siempre y en todo caso a cargo de las autoridades autonómicas se pondría en riesgo la igualdad de acceso de todas las empresas a las subvenciones...» «con lo que quebraría la exigencia de igualdad básica» (STC 157/1985, fundamento jurídico 5º; también STC 32/1983, fundamento jurídico 4º).

Por lo tanto, y pese a que no ha sido aducida por las partes, ha de tomarse, también, en consideración, en la materia «propiedad industrial», la posible incidencia que, en cuanto a la configuración del Registro, haya de tener el título estatal «ex» artículo 149.1.1.

Con ocasión de otra clase de propiedad –de la propiedad urbana– definimos, positiva y negativamente, el contenido de la competencia estatal «ex» artículo 149.1.1 (STC 61/1997, fundamentos jurídicos 7º y 8º). Pues bien: A los efectos que aquí importan, baste destacar que incluimos entre ellos «los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (SSTC 5/1981, fundamento jurídico 26 y 37/1981, fundamento jurídico 2º)» y «los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho» (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3º) (STC 61/1997, fundamento jurídico 8º). En parecidos términos cabe afirmar aquí que la atribución a una instancia unitaria, que en el ámbito al que nos estamos refiriendo no puede ser sino el Estado, de la competencia para resolver acerca de la concesión del derecho y consiguiente inscripción de marcas y nombres comerciales es un requisito indispensable para que pueda hablarse de igualdad en el ejercicio de los derechos de la especial propiedad que representan”. –*Fundamento Jurídico 5-*.

“En virtud de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior ha de concluirse que es constitucionalmente legítimo el establecimiento de un Registro estatal de marcas y nombres comerciales. Y que, habiendo de atribuirse al Estado, por las razones expuestas, la competencia para llevar a cabo la resolución concediendo la inscripción (lo que comporta el rechazo de la impugnación efectuada frente al artículo 28 de la Ley), las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas se proyectarán solamente sobre aquellos momentos de la regulación que resulten separables de los anteriores. Esa perspectiva, tiene, como consecuencia inmediata la desestimación del recurso del Gobierno Vasco sólo en la medida en que, globalmente, impugna el establecimiento de un Registro nacional único, y, con ella la de la disposición transitoria primera, que es un mero corolario de la anterior”. –*Fundamento Jurídico 6-*.

lugar, de acuerdo con los *artículos 11.1 LVM y 5.1 RELVM*, la solicitud de registro de marca se presentará en el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde el solicitante tuviere su domicilio o un establecimiento industrial o comercial serio y efectivo⁵⁶. Asimismo, mas con carácter facultativo y no imperativo, también podrá presentarse la solicitud en el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde el representante del solicitante tuviera su domicilio legal o una sucursal seria y efectiva –*artículo 11.4 LVM*–. Ello no obstante, en el caso de los solicitantes domiciliados en las Ciudades de Ceuta y Melilla, al igual que en el supuesto de los solicitantes no domiciliados en España, la solicitud se presentará directamente

⁵⁶ *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999*: “Comenzando el análisis de esas concretas impugnaciones por las deducidas frente al artículo 15 de la Ley, dicho precepto, mencionado específicamente en el recurso del Gobierno Vasco, se impugna en sus núms. 2 y 3 por la Generalidad de Cataluña, aduciendo que invade sus competencias de ejecución en materia de propiedad industrial. Y, en efecto, hay que admitir que de la interpretación conjunta de los núms. 2 y 3 del referido artículo 15, resulta que frente a las Comunidades que han asumido competencias ejecutivas en la materia y a las que, por lo tanto, cabe reputar competentes para la recepción de las solicitudes (artículo 15.3), el Estado retiene, al menos en parte, dicha competencia, en la medida en que sigue siendo posible, a tenor de los núms. 2 y 3, párrafo 2º del artículo 15 de la Ley, presentarlas directamente ante el Registro. Pues bien: De la distribución de competencias diseñada en los fundamentos jurídicos anteriores, se desprende la de las Comunidades Autónomas que hayan asumido la ejecución en materia de propiedad industrial para recibir las solicitudes, actuación que la propia Ley regula ya como separable de la actuación del Registro. Por lo que, en la medida en que invaden las competencias autonómicas, los artículos 15.2 y 15.3, párrafo 2º han de estimarse contrarios a la Constitución.

A idéntica conclusión ha de llegarse respecto a los núms. 1 y 2 del artículo 75, impugnado por el Gobierno Vasco: En el caso de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias de ejecución en materia de propiedad industrial, no resulta conforme a la Constitución que las solicitudes puedan seguir siendo presentadas a través del Registro nacional, como establece el artículo 75.1.

En ambos casos, al resultar contrarios a la Constitución los artículos 15.2 y 75.1, exclusivamente en la medida en que invaden las competencias de las Comunidades Autónomas que han asumido la ejecución en materia de propiedad industrial, subsiste la posibilidad de que el Estado, en el ejercicio de su competencia legislativa, determine los puntos de conexión que estime necesarios para el correcto ejercicio de la distribución de competencias así diseñada”. –*Fundamento Jurídico 7*–.

ante la Oficina Española de Patentes y Marcas [OEPM] –*artículo 11.2 y 3*, respectivamente, LVM-. Ahora bien, existe, asimismo, otro régimen facultativo para el supuesto en que el solicitante o su representante presentaren la solicitud a través de un establecimiento comercial o industrial serio y efectivo que no tuviere carácter territorial, pudiendo presentarse dicha solicitud también ante la OEPM –*artículo 11.5 LVM*-. En este orden de cosas, se ha de atender a lo dispuesto en la *Disposición Transitoria Quinta LVM*, que establece que las Comunidades Autónomas que estatutariamente tuvieren asignada la competencia para la ejecución en materia de Propiedad Industrial, previa coordinación con la OEPM, publicarán en sus respectivos Boletines Oficiales la fecha a partir de la cual iniciará su funcionamiento el órgano competente de las mismas para recibir y examinar las solicitudes conforme a lo previsto en la Ley. Ello no obstante, hasta la entrada en funcionamiento de tales órganos, las funciones registrales que los mismos tuvieren asignadas serán ejecutadas por la OEPM, quien, en el citado ínterin, asignará como fecha de presentación a las solicitudes que en su caso se hubieren presentado antes las Administraciones de las citadas Comunidades Autónomas, la que se hubiere hecho constar por estas últimas como fecha de recepción de la documentación que contuviere los elementos a los que se refiere el *artículo 23.1 LVM*⁵⁷.

En segundo lugar, la normativa vigente establece en la fase de procedimiento de registro una clara diferenciación entre el *examen de admisibilidad y de forma* –*artículo 16 LVM y artículos 8, 9 y 10 RELVM*–, que corresponde al órgano competente para recibir la solicitud de registro conforme a lo establecido en el *artículo 11 LVM*, es decir, el órgano competente de la Comunidad Autónoma⁵⁸, y el *examen de fondo* –*artículo 20*

⁵⁷ La citada *Disposición Transitoria Quinta LVM* presenta el nuevo contenido mencionado en virtud de la modificación experimentada por la, a su vez, *Disposición Transitoria Quinta LPJDI*.

⁵⁸ *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999*: “Las razones de eficacia esgrimidas por el Abogado del Estado ni pueden, sin más, aceptarse, ni, aunque se aceptasen, enervarían

y *Disposición Adicional Novena LVM* y *artículos 13, 14 y 20 RELVM*—, que, en todo caso, corresponderá de oficio a la Oficina Española de Patentes y Marcas, a fin de determinar si la solicitud del signo incurriere en alguna de las prohibiciones de los *artículos 5 y 9.1.b) LVM*⁵⁹.

En tercer lugar, tanto la solicitud de registro como los demás documentos que hubieren de presentarse en la OEPM, habrán de estar redactados en castellano, sin perjuicio de que en las Comunidades Autónomas en las que existiere también otra lengua oficial, tales documentos podrán, asimismo, redactarse en dicha lengua —*artículo 11.9 LVM*⁶⁰—.

la competencia de ejecución de las Comunidades Autónomas que la hayan asumido. Pues aquí se trata de la apreciación del cumplimiento o falta de cumplimiento de requisitos formales de la solicitud, perfectamente separables de la resolución de fondo acerca de la concesión del registro. Aquí no concurren, pues, ninguna de las razones que justifican la atribución competencial a una instancia unitaria. Estamos, pues, ante actos de ejecución que no cabe sustraer a la competencia atribuida a Cataluña por los artículos 11.3 y 25.2 de su Estatuto, por lo que el precepto impugnado resulta contrario a la Constitución.

Por las mismas razones habrá de estimarse la impugnación dirigida contra el núm. 1 del artículo 45 de la Ley. Los defectos en la documentación a que alude dicho precepto son, también, puramente formales y separables, por tanto, de la resolución de fondo acerca de la concesión o denegación de la inscripción; sin que la facultad de declarar en suspenso la inscripción sea sino la consecuencia necesaria de la competencia para examinar si existen o no defectos de forma”. —*Fundamento Jurídico 9*—.

⁵⁹ *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999*: “No puede decirse lo mismo de la función de examen reservada al Registro en los artículos 24.2 y 27. Aquí se trata de apreciar si «la solicitud de registro de marca persigue un aprovechamiento abusivo de situaciones, hechos o signos de contenido atentatorio contra el ordenamiento jurídico»; de verificar, en suma, si la solicitud incurre en defectos de orden material, efectuando un examen general de licitud (artículo 24.2). Estamos, pues, ante un análisis de fondo, cosa que, con mayor razón, cabe afirmar del examen regulado en el artículo 27. Tal examen, a diferencia del meramente formal contemplado en el artículo 24.1, no puede escindirse de la ulterior resolución que conceda o deniegue la inscripción (artículo 28). Si tal resolución corresponde, según lo expuesto en el fundamento jurídico 6º, al Estado, también habrá de atribuirse a éste la competencia para llevar a cabo los actos de examen que determinan su contenido”. —*Fundamento Jurídico 10*—.

⁶⁰ *Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999*: “A las alegaciones del Parlamento de Cataluña ha de oponerse que aquellas solicitudes y documentos se dirigen finalmente al Registro de la Propiedad Industrial, órgano nacional y único, dependiente del Estado y con

Por último, es la Oficina Española de Patentes y Marcas la que se halla habilitada o facultada para acordar la resolución de la solicitud de registro del signo solicitado –*artículos 22 LVM y RELVM*–. Así, en caso de que se acordare la denegación del registro, la OEPM habrá de especificar sucintamente los motivos y derechos anteriores causantes de la misma y habrá de proceder a publicar dicha denegación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil [BOPI] –*artículos 22.1, in fine, y 3 LVM y RELVM y, además, 22.4 RELVM*–. En cambio, si la OEPM acordare la concesión de la solicitud de registro –*artículos 22.1 LVM y RELVM*–, habrá de proceder, asimismo, a su publicación en el citado Boletín –*artículos 22.4 LVM y 23 RELVM*– y habrá de expedir el correspondiente título de registro –*artículos 22.4 LVM y 24 RELVM*–⁶¹.

En otro orden de cosas, las Comunidades Autónomas también gozan de determinadas competencias en lo que respecta al *régimen transitorio de los rótulos de establecimiento registrados*. A tal efecto, en el supuesto de que se procediere a la renovación de los rótulos de establecimiento que se hallaren vigentes a la entrada en vigor de la nueva Ley, la solicitud de renovación de un rótulo de establecimiento que solamente comprendiere municipios ubicados en una única Comunidad Autónoma habrá de presentarse ante los órganos competentes de dicha Comunidad, a quienes corresponderá, asimismo, su resolución y anotación registral pertinente,

sede en Madrid, por más que, con arreglo a lo razonado en fundamentos jurídicos anteriores, unas y otros puedan presentarse ante órganos de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. No estamos, pues, ante un órgano radicado en la Comunidad Autónoma, a diferencia de los Registros Mercantiles Territoriales, a los que se ceñía nuestra STC 87/1997 (fundamentos jurídicos 4º y 5º). La inscripción ha de practicarse, en los términos establecidos en la Ley, por el propio Registro único nacional; Registro que, por su condición de único para todo el territorio del Estado, ha de poder facilitar el acceso al mismo a los ciudadanos de todo el territorio español. Por consiguiente, no es contrario a la Constitución que la Ley exija que un ejemplar de la solicitud se presente, necesariamente en la lengua oficial común a todo el territorio”. –*Fundamento Jurídico 13*–.

⁶¹. *Vide*, a este respecto, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 16 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1428 y ss.

sin perjuicio de la oportuna comunicación a la OEPM, en el plazo de cinco días, tanto de la presentación de la solicitud de renovación como de la resolución adoptada, a efectos de su anotación registral. Igualmente, las tasas que hubieren de abonarse por la citada renovación serán percibidas por las Comunidades Autónomas competentes y se abonarán en la forma en que las mismas dispusieren. La OEPM, en todo caso, previa petición de los órganos autonómicos competentes, remitirá copia de los citados expedientes -*Disposición Transitoria Tercera.2.a) LVM y Disposición Transitoria Primera.2 RELVM*-.

II.4. Régimen especial

II.4.1. *Consideraciones preliminares comunes*

La nueva normativa presenta, asimismo, como una de sus principales características, la regulación de la *marca o nombre comercial notorios* y de la *marca o nombre comercial renombrados* -*Exposición de Motivos IV, párrafos quinto y sexto, in fine, y artículo 8 LVM*-. A este respecto, la normativa derogada tan solo contemplaba una mención a la *marca notoria* -*artículo 3.2 LDM*-, obviando cualquier definición técnica de dicho signo y estableciendo únicamente un régimen de tutela en su favor con un carácter excepcional respecto del principio ordinario y general de que el derecho sobre la marca se adquiere por el registro válidamente efectuado -*artículo 3.1 LDM*-. Pues bien, el régimen de tutela del *artículo 3.2 LDM* y la ubicación *sedes materiae* del concepto de notoriedad condujo a la Doctrina a establecer una equiparación funcional entre la *marca notoria* y la ausencia de inscripción, siendo definida tal tipo de marca como aquella que resulta reconocida por los sectores interesados como vinculada a un determinado origen empresarial, aun cuando no se hallare inscrita⁶². En cambio, la nueva normativa modifica la *sedes materiae*, estableciendo la regulación, no en el Título I de las Disposiciones Generales, como en la normativa derogada, sino en el Capítulo III -*Prohibiciones relativas*- del

Título II -Concepto de marca y prohibiciones de registro-. Igualmente, el nuevo texto legal recoge una definición técnica de ambos tipos de marca, lo cual delimita su significado y alcance, al tiempo que fija, asimismo, la terminología o noción con el que resultan identificados ante la pluralidad de acepciones empleadas para su designación⁶³. Ello no obstante, se ha de poner de manifiesto que la *marca notoria* y la *marca renombrada* no constituyen clases especiales de marca con un régimen propio y específico como el que gozan las *marcas colectivas* y las *marcas de garantía* -Título VII-, sino que resultan signos ordinarios “caracterizados exclusivamente por su excepcionalidad y exorbitancia de su tutela, que traspasa las fronteras estrictas del principio de especialidad”⁶⁴.

A los efectos de la nueva normativa, los signos que pueden ser comprendidos en el concepto de *notorios y renombrados* son los contemplados en los artículos 6.2.a), b) y c) y 7.2 LVM -artículo 8.4 LVM-; esto es, las marcas registradas -ya fueren marcas españolas, marcas internacionales con efectos en España, o marcas comunitarias-, las solicitudes de marca, a condición de que fueren finalmente registradas, los nombres comerciales registrados y las solicitudes de nombres comerciales, a condición, también, de que fueren finalmente registradas. A este respecto, resulta difícilmente comprensible y altamente criticable el error de técnica legislativa que supone, con respecto del *signo notorio*, omitir del reenvío al artículo 6.2 LVM su apartado d), que comprende las marcas no registradas que fueren «notoriamente conocidas» en España en el sentido del artículo 6.bis CUP. Pues bien, en virtud de ello, el concepto de *signo noto-*

⁶² Vide, en este sentido, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs.1443 y ss. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio: *Curso...*, *Ob. cit.*, pág. 361.

⁶³ Vide, a este respecto, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, pág. 1444. RANGEL MEDINA, David: *La protección de las marcas notorias en la jurisprudencia mexicana*, en “Actas de Derecho Industrial. N° 10”, Madrid, 1984-1985, pág. 37.

⁶⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, pág. 1444. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 25 y ss.

Vide, asimismo, *infra* págs. 76 y ss., sobre el *principio de especialidad*.

rio no solamente comprende a los registrados o usados en España, sino también a los registrados y usados fuera de España, que, de acuerdo con la autoridad competente del país de su registro o uso, fuere generalmente conocido en el mismo por el sector pertinente del público al que se destinaren los productos, servicios o actividades distinguidos por dicho signo –*artículo 6.bis.1 CUP*⁶⁵–.

Por último, se ha de tener presente que, de acuerdo con la *Disposición Adicional Decimocuarta LVM*, se establece la prohibición de otorgamiento de denominaciones de personas jurídicas que coincidieren o pudieren originar confusión con una marca o nombre comercial *notorios o renombrados*, salvo, obviamente, autorización del titular de la marca o nombre comercial.

II.4.2. *Marca o nombre comercial notorios*

El concepto de marca o nombre comercial notorios fijado, a los efectos de la nueva normativa, en el *artículo 8.2 LVM*, presenta unos requisitos específicos y característicos, al tiempo que constitutivos, de dicho tipo de signo. Así, en primer lugar, cabría destacar la de ser *generalmente conocidos*⁶⁶ *por el sector pertinente del público al que se destinaren los productos, servicios o acti-*

⁶⁵ *Artículo 6.bis.1 CUP*.- “Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta”.

⁶⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho de Marcas...*, *Ob. cit.*, págs. 34 y ss.: “La notoriedad de la marca tiene siempre su origen en el uso: un uso intenso que se lleva a cabo mediante la venta y publicidad de los correspondientes productos o servicios. Mas es innegable que para que la notoriedad surja resulta indispensable que el uso desemboque en un resultado: que la marca intensamente usada sea reconocida en el mercado como signo indicador del origen empresarial del producto o servicio”. *Vide*, igualmente, del mismo autor *El relieve jurídico de la notoriedad de la marca «con especial referencia*

vidades que distinguieren tales signos. Este resulta ser el rasgo característico determinante del otorgamiento del citado régimen especial a dicho signo, siendo indiferentes los medios por los cuales se hubiere alcanzado dicho conocimiento general. En efecto, la nueva normativa tan solo establece, con un carácter enunciativo o enumerativo, los elementos o criterios que pudieren emplearse en la determinación o verificación del requisito de «conocimiento general», mas, en todo caso, siendo posible incorporar “cualquier otra causa” al citado elenco; esto es, la norma establece un criterio finalista o de resultado en lugar de un parámetro causal o de medios. En este orden de cosas, por lo que respecta a la prueba de la notoriedad, se ha de considerar que la misma corresponde al pretendido titular de los derechos sobre el signo que presentare tal carácter -de un modo implícito, *artículos 19.1 y 34.5 LVM y artículo 17.1 y 2.g) y h) RELVM-*, en tanto que, en el supuesto de una marca extranjera, dicha notoriedad habría de ser verificada, como se ha manifestado anteriormente, por los órganos competentes del país en el que se hubiere adquirido la notoriedad⁶⁷.

En segundo lugar, se ha de poner de relieve el «grado» o «magnitud» de la generalidad de conocimiento, por cuanto que la tutela que se otor-

al riesgo de confusión», en “Revista de Derecho Mercantil. N.º.102”, Madrid, 1969, pág. 175. Asimismo, *vide* ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Tratamiento Jurisprudencial de la marca notoria*, en “El tratamiento de la marca en el tráfico jurídico-mercantil”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 77.

De otra parte, por lo que respecta a la «notoriedad puramente local», dicho autor considera que tal tipo de notoriedad implica el conocimiento de la marca, no únicamente en una localidad, sino también en una zona relativamente reducida del territorio nacional, lo cual conllevaría a entender que ha de tratarse de una marca prácticamente desconocida en el conjunto del Estado. No obstante, señala que el carácter «local» podría consistir o alcanzar incluso a una región entera, en tanto en cuanto dicho ámbito de difusión fuere “cerrado y sin solución de continuidad” -*El nacimiento del derecho sobre la marca*, en “Revista de Derecho Mercantil. N.º 106”, Madrid, 1966, págs. 210 y ss.-.

Vide, asimismo, a este respecto, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: *La tutela de la marca no registrada...*, *Ob. cit.*, págs. 836 y ss.

⁶⁷ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1220.

ga al signo notorio puede presentar diferente alcance o extensión en función del grado de conocimiento del que gozare el signo en cuestión. Así, la protección alcanzará a productos, servicios o actividades de naturaleza tanto más diferente cuanto mayor fuere el *grado de conocimiento* de los signos notorios en el sector pertinente del público o en otros sectores relacionados –*artículo 8.2, in fine, LVM*–⁶⁸. En virtud del tenor literal del precepto, cabe establecer un segundo efecto del mismo, cual es el de establecer un supuesto o tipo reforzado de signo notorio, por cuanto que amplía el concepto mismo de tal signo, ya que el criterio del ámbito de su determinación y verificación no resulta únicamente el sector pertinente del público al que se destinaren los productos, servicios o actividades distinguidas por el signo, sino también otros sectores relacionados o vinculados. Dicho reforzamiento se hallaría también en el elenco de derechos conferidos al titular de un signo no registrado «notoriamente conocido» en España en el sentido del *artículo 6.bis CUP –artículo 34.5 LVM*-. Ahora bien, la citada extensión de la notoriedad a “otros sectores relacionados” exige una mínima precisión o determinación de los mismos, o, en su caso, cuando menos, la fijación de unos criterios o parámetros que condujeran a su identificación. A este respecto, consideramos, en base a una interpretación finalista de la norma y a su reenvío al apartado 1 del mismo precepto, que los citados “sectores relacionados” habrán de ser concretados *ad casum* atendiendo a criterios subjetivos empresariales como objetivos o materiales, tanto es su aspecto de producción como de servicios. Finalmente, cabría señalar que la mencionada ampliación de grado de notoriedad puede contribuir a difuminar la delimitación entre el *signo notorio* y el *signo renombrado*⁶⁹.

⁶⁸ *Vide infra* sobre la relación entre los signos notorios y el principio de especialidad.

⁶⁹ *Vide* sobre la determinación del concepto de *notoriedad* de la marca y de su *ámbito de relevancia*, la Resolución de la Asamblea General de la World Intellectual Property Organization –WIPO–, celebrada en Ginebra del 20 al 29 de Septiembre de 1999:

“*Article 2. Determination of Whether a Mark is a Well-Known Mark in a Member State.*

(1) [*Factors for Consideration*].

(a) In determining whether a mark is a well-known mark, the competent authority shall take into account any circumstances from which it may be inferred that the mark is well known.

(b) In particular, the competent authority shall consider information submitted to it with respect to factors from which it may be inferred that the mark is, or is not, well known, including, but not limited to, information concerning the following:

- 1.- the degree of knowledge or recognition of the mark in the relevant sector of the public;
2. the duration, extent and geographical area of any use of the mark;
3. the duration, extent and geographical area of any promotion of the mark, including advertising or publicity and the presentation, at fairs or exhibitions, of the goods and/or services to which the mark applies;
4. the duration and geographical area of any registrations, and/or any applications for registration, of the mark, to the extent that they reflect use or recognition of the mark;
5. the record of successful enforcement of rights in the mark, in particular, the extent to which the mark was recognized as well known by competent authorities;
6. the value associated with the mark.

(c) The above factors, which are guidelines to assist the competent authority to determine whether the mark is a well-known mark, are not pre-conditions for reaching that determination. Rather, the determination in each case will depend upon the particular circumstances of that case. In some cases all of the factors may be relevant. In other cases some of the factors may be relevant. In still other cases none of the factors may be relevant, and the decision may be based on additional factors that are not listed in subparagraph (b), above. Such additional factors may be relevant, alone, or in combination with one or more of the factors listed in subparagraph (b), above.

(2) [Relevant Sector of the Public]

(a) Relevant sectors of the public shall include, but shall not necessarily be limited to:

- (i) actual and/or potential consumers of the type of goods and/or services to which the mark applies;
- (ii) persons involved in channels of distribution of the type of goods and/or services to which the mark applies;
- (iii) business circles dealing with the type of goods and/or services to which the mark applies.

(b) Where a mark is determined to be well known in at least one relevant sector of the public in a Member State, the mark shall be considered by the Member State to be a well-known mark.

II.4.3. *Marca o nombre comercial renombrados*

El signo renombrado, considerado por la Doctrina como la “pieza básica del sistema de marcas”⁷⁰ y la máxima condensación del denominado *goodwill*⁷¹, ha sido recogido expresamente por la nueva normativa –artículo 8.3 LVM⁷²–, toda vez que la normativa derogada presentaba un encaje muy forzado del mismo en el artículo 13.c) LDM, en cuanto signos o medios que supusieren un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados, y en el artículo 38.3 LDM, en lo que respecta a la consideración del prestigio de la marca como criterio para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios⁷³.

(c) Where a mark is determined to be known in at least one relevant sector of the public in a Member State, the mark may be considered by the Member State to be a well-known mark.

(d) A Member State may determine that a mark is a well-known mark, even if the mark is not well known or, if the Member States applies subparagraph (c), known, in any relevant sector of the public of the Member State.

(3) *[Factors Which Shall Not Be Required]*

(a) A Member State shall not require, as a condition for determining whether a mark is a well-known mark:

(i) that the mark has been used in, or that the mark has been registered or that an application for registration of the mark has been filed in or in respect of, the Member State;

(ii) that the mark is well known in, or that the mark has been registered or that an application for registration of the mark has been filed in or in respect of, any jurisdiction other than the Member State; or

(iii) that the mark is well known by the public at large in the Member State.

(b) Notwithstanding subparagraph (a)(ii), a Member State may, for the purpose of applying paragraph (2)(d), require that the mark be well known in one or more jurisdictions other than the Member State”.

⁷⁰ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984, pág. 308/ *Derecho de Marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 127

⁷¹ BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, pág. 1446.

⁷² En este orden de cosas, cabe señalar que, en virtud de la Orden ECD/1527/2003, de 16 de Mayo, se ha inscrito en el Registro de Fundaciones la denominada «Fundación Foro de Marcas Renombradas Españolas».

Las características del *signo renombrado* caben circunscribirse, básicamente, a las dos siguientes. En primer lugar, su conocimiento por el *público en general*, lo cual ha de ser interpretado en su sentido común u ordinario, siendo dicho grado de difusión, por consiguiente, el criterio de distinción con respecto de la *marca notoria*. En segundo lugar, la tutela material ilimitada, por cuanto se extiende a cualquier género de productos, servicios o actividades; esto es, neutraliza de un modo absoluto el *principio de especialidad*⁷⁴, resultando más restringido o estricto el riesgo de confusión o asociación y, derivativamente, deviniendo mayor el importe de la indemnización de daños y perjuicios⁷⁵.

⁷³ *Vide*, a este respecto, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1446 y ss. CASADO CERVIÑO, Alberto: *Reforma...*, *Ob. cit.*, pág. 337.

⁷⁴ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1221. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 25 y ss.

⁷⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 Mayo de 1993 –R. Ar.: 3804–: “Todo el problema litigioso queda reducido al examen comparativo de las marcas cuestionadas, teniendo en cuenta como puntos de partida: A) Que las marcas pueden consistir, entre otros signos enumerados en el citado artículo 119 con carácter simplemente enunciativo; en envases, etiquetas y denominaciones; B) Que la entidad recurrente tiene inscritas en el Registro, bajo los núms. 841498, 1045543 y 1045544, precisamente estas tres modalidades de marca, con las cuales distingue el producto de su fabricación; C) Que la entidad demandada no tiene a su favor inscripción alguna de la marca que utiliza; D) Que la semejanza prohibitiva que señala el también citado artículo 124.1.º del Estatuto, es necesario referirla, no sólo a los elementos individualizados de cada una de las marcas, sino también y principalmente a la generalidad o conjunto de las distintas partes que comprenden la marca mixta, pues como aclara la Sentencia de esta Sala de fecha 10-5-1990 (RJ 1990\3697) (recaída en un supuesto idéntico al aquí contemplado) este examen completo «produce en el usuario, normalmente alejado de la minuciosa comparación, una impresión lo suficientemente indiferenciada como para que pueda hablarse de confundibilidad»; y, E) Que se trata de la misma clase de productos protegibles, concurriendo la circunstancia de que uno de ellos (el anotado en el Registro) es de notorio prestigio y difusión entre los consumidores.

Con estas bases como guía, debemos coincidir con la exposición que figura en la citada S. 10-5-1990, donde se van pormenorizando cada uno de los elementos que componen la marca «Bayleys», frente a la en aquella ocasión contrincante «Torquay», refiriéndose a la similitud del tipo de envase, a la forma de las etiquetas, al sensible predominio en

ambos de un mismo color dominante, a su colación en la botella, a la destacada presencia en cada una de las mismas de un paisaje rústico, etc.; conjunto de elementos y reflexiones perfectamente aplicables al caso que estudiamos, pues como ya decíamos, se trata de un idéntico supuesto, y lo mismo que aconteció en aquella ocasión, estas reflexiones conducen ahora a la Sala a una misma resolución decisoria.

La protección legal va dirigida primordialmente a la defensa del consumidor normal, al no especializado, tratando de evitarle cualquier clase de confusión en el momento de elegir el producto, ocupando un segundo plano, también digno del amparo legal, la salvaguarda del derecho del titular inscrito, impidiendo una competencia desleal, a virtud de la cual el tercero pueda aprovecharse del prestigio adquirido por otra marca, así como el desembolso realizado para su difusión en el mercado.

Por todo lo que acabamos de enumerar, y sobre todo por el examen compositivo efectuado sobre el conjunto de los tres elementos o signos que identifican la marca registrada frente a la opuesta, resulta obligado concluir, que para una persona no especializada, que no tiene a la vista las dos botellas de licor, y que no se detenga en la atenta lectura de la denominación, es fácilmente confundible un producto, con el otro. A todo esto cabe añadir que la marca inscrita es de notorio conocimiento y difusión en el mercado, se trata de un producto muy comercializado, y que, según la doctrina y la jurisprudencia más reciente, merece una especial protección, ya que su posible imitación resultaría más rentable económicamente para el infractor, que viene a aprovecharse en mayor medida del esfuerzo comercial del primitivo titular, el cual está amparado por un auténtico derecho de exclusividad en el uso. Esta calificación de marca notoria o de renombre, reconocida en la sentencia impugnada, aparece especialmente protegida en la nueva Ley 32/1988, de 10 noviembre, pues mientras que la inscripción registral ha pasado a ser el único o preeminente medio de adquisición de la marca, en contraposición de lo que disponía el antiguo artículo 14 del Estatuto [S. 8-3-1991 (RJ 1991\2202)], para la marca notoria se mantiene la tutela del usuario extrarregistral en el núm. 2.º del artículo 3.º de la citada Ley; precepto que refuerza, con mucha más razón, la protección de la marca notoria inscrita”. —*Fundamento de Derecho Primero*—.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de Septiembre de 1998 —Canon Kabushiki Kaisha V. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., anteriormente Pathe Communications Corporation; *Asunto C—39/97*—:

“A este respecto, procede, en primer lugar, recordar que el décimo considerando de la Directiva señala «que la protección conferida por la marca registrada, cuyo fin es primordialmente garantizar la función de origen de la marca, es absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios; que la protección cubre igualmente los casos de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios; que es imprescindible interpretar la noción de similitud en relación con el riesgo de confusión; que el riesgo de confusión, cuya apreciación depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacer-

se de ella con el signo utilizado o solicitado [léase registrado], del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados, constituye la condición específica de la protección». –*Fundamento de Derecho 15*–.

“En segundo lugar, debe observarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el riesgo de confusión por parte del público, al que se supedita la aplicación de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes (sentencia de 11 de noviembre de 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, apartado 22)”. –*Fundamento de Derecho 16*–.

“La apreciación global del riesgo de confusión implica una cierta interdependencia entre los factores tomados en consideración, y en particular, la similitud entre las marcas y la existente entre los productos o los servicios designados. Así, un bajo grado de similitud entre los productos o servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa. En efecto, la interdependencia entre estos factores se encuentra expresada en el décimo considerando de la Directiva, según el cual es imprescindible interpretar la noción de similitud en relación con el riesgo de confusión, cuya apreciación depende, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado y del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados”. –*Fundamento de Derecho 17*–.

“Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior (sentencia SABEL, antes citada, apartado 24). Así pues, como la protección de una marca registrada depende, según la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, de la existencia de un riesgo de confusión, aquellas marcas que tienen un elevado carácter distintivo, bien intrínseco, o bien gracias a lo conocidas que son en el mercado, disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor”. –*Fundamento de Derecho 18*–.

“Por consiguiente, a efectos de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, puede ser procedente denegar el registro de una marca, a pesar de que exista un mínimo grado de similitud entre los productos o servicios designados, cuando las marcas tienen una gran similitud y el carácter distintivo de la marca anterior, y, en particular, su renombre, es fuerte”. –*Fundamento de Derecho 19*–.

“No obstante procede subrayar que, para la aplicación de la letra b) del apartado 1 del artículo 4, es además necesario, incluso en el caso de que exista identidad con una marca cuyo carácter distintivo es particularmente fuerte, aportar la prueba de que existe una similitud entre los productos o los servicios designados. En efecto –y a diferencia de lo que prevé, por ejemplo, la letra a) del apartado 4 del artículo 4, que se refiere expresamente a los casos en que los productos o servicios no son similares–, la letra b) del apartado 1 del artículo 4 prevé que el riesgo de confusión presupone que los productos o servicios designados son idénticos o similares”. –*Fundamento de Derecho 22*–.

“Para apreciar la similitud entre los productos o los servicios designados, como han recordado los Gobiernos francés y del Reino Unido, así como la Comisión, procede tener en cuenta todos los factores pertinentes que caracterizan la relación entre los productos o servicios. Estos factores incluyen, en particular, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario”. –*Fundamento de Derecho 23-*.

“En vista de todo lo anterior, procede responder a la primera parte de la cuestión prejudicial que la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el carácter distintivo de la marca anterior, y, en particular, su renombre, debe tenerse en cuenta para apreciar si la similitud entre los productos o los servicios designados por las dos marcas es suficiente para generar un riesgo de confusión”. –*Fundamento de Derecho 24-*.

“A este respecto, procede señalar que el riesgo de confusión existe en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva cuando el público puede ser inducido a error en cuanto a la procedencia de los correspondientes productos o servicios”. –*Fundamento de Derecho 26-*.

“En efecto, por una parte, según el artículo 2 de la Directiva, una marca debe ser apropiada para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras; por otra parte, en el décimo considerando de la Directiva se precisa que el objetivo de la protección conferida por la marca es primordialmente garantizar su función de origen”. –*Fundamento de Derecho 27-*.

“Procede, además, recordar que, según jurisprudencia reiterada, la función esencial de la marca consiste en garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o del servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia, y que, para que la marca pueda desempeñar su función de elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer, debe constituir la garantía de que todos los productos o servicios designados con ella han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad (véase, en particular, la sentencia de 17 de octubre de 1990, HAG II, C-10/89, Rec. p. I-3711, apartados 14 y 13)”. –*Fundamento de Derecho 28-*.

“En consecuencia, constituye un riesgo de confusión en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva el riesgo de que el público pueda creer que los correspondientes productos o servicios proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente (véase, en este sentido, la sentencia SABEL, antes citada, apartados 16 a 18). Por consiguiente, como observó el Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones, para excluir la existencia de dicho riesgo de confusión, no basta con demostrar simplemente la ausencia de riesgo de confusión por parte del público en cuanto al lugar de producción de los productos o servicios considerados”. –*Fundamento de Derecho 29-*.

II.5. Signos susceptibles de ser marca

La nueva regulación establece, con carácter meramente enunciativo o enumerativo, los signos que pudieren emplearse a fin de devenir en marca –*artículo 4.2 LVM*–. Pues bien, de acuerdo con dicha clasificación normativa, se procederá al análisis de cada una de las modalidades fijadas, adoptándose para ello una perspectiva fundamentalmente jurisprudencial.

Ahora bien, resulta censurable que no se hubieren contemplado expresamente como signos susceptibles de inscripción el tacto o el gusto, generando las consiguientes marcas táctiles y gustativas, toda vez que tales signos pueden, asimismo, desempeñar la misma finalidad identificativa y diferenciadora de los signos susceptibles de devenir en marca⁷⁶.

II.5.1. *Marcas denominativas*

La presente categoría se hallaría conformada por los signos que constituyeren palabras o combinaciones de palabras, incluidas aquéllas que sirvieran para identificar a las personas –*artículo 4.2.a) LVM*–. Ello no obstante, en la misma categoría de marca denominativa habría de incluirse a los signos que constituyeren letras, cifras y sus combinaciones, sin perjuicio de que no conformaren ninguna palabra –*artículo 4.2.c) LVM*–. En este caso, la solicitud de registro habrá de ajustarse a lo dispuesto en el *artículo 2.1 y 3 RELVM*, habiendo de reproducirse el signo en escritura normal mediante letras mayúsculas, cifras y signos de puntuación mecanografiados o impresos por cualquier otro medio adecuado.

“Procede, pues, responder a la segunda parte de la cuestión planteada que puede existir un riesgo de confusión en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva incluso cuando el público atribuye los correspondientes productos y servicios a lugares de producción diferentes. Por el contrario, la existencia de tal riesgo queda excluida cuando no se pone de manifiesto que el público pueda creer que los productos o servicios considerados proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente”. –*Fundamento de Derecho 30*–.

⁷⁶ En igual sentido, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 24 y 43, quien, además, extiende la pretensión a las marcas olfativas.

Ahora bien, tal tipo de marcas y, especialmente, las que constituyeren combinaciones de rasgos —«marca compleja»— presentan un problemática específica en lo que respecta a su condición meramente descriptiva o a la ausencia de un carácter distintivo. En este orden de cosas, resulta especialmente paradigmática la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 2 de Julio de 2002⁷⁷. Asimismo, resulta relevante el examen

⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 2 de Julio de 2002 - *SAT.1 SatellitenFernsehen GMBH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-323/00-*:

“...en el caso de una marca denominativa compuesta por varios elementos (o marca compleja), debe tenerse en cuenta el significado pertinente de la marca denominativa solicitada, sobre la base de todos los elementos de que está compuesta, y no sólo el significado de uno de dichos elementos...” —*Fundamento de Derecho 26-*.

“Dado que se trata de una marca compleja, para la apreciación de su carácter distintivo, debe ser examinada en su conjunto. No obstante, ello no es incompatible con un examen posterior de los diferentes elementos de que está compuesta la marca (sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Procter & Gamble/OAMI (pastilla cuadrada blanca, moteada de verde y verde claro), antes citada, apartado 59”. —*Fundamento de Derecho 39-*.

“En el caso de autos, en lo que atañe, en primer lugar, al elemento «SAT», la Sala de Recurso, en el apartado 17 de la resolución impugnada, así como la Oficina, en su escrito de contestación y en sus explicaciones dadas en el acto de la vista, han demostrado suficientemente con arreglo a derecho que, en las lenguas alemana e inglesa, consiste en la abreviación habitual de la palabra «satélite». Por otra parte, como abreviación, dicho elemento no se aparta de las normas léxicas de las citadas lenguas. Además, designa una característica de la mayoría de los servicios de que se trata, que puede ser tenida en cuenta por el público correspondiente al efectuar su elección, a saber, su cualidad de estar relacionados con la difusión por satélite. Por lo tanto, procede considerar que el elemento «SAT» carece de carácter distintivo en relación con dichos servicios”. —*Fundamento de Derecho 41-*.

“Por lo demás, en cuanto al elemento «2», en respuesta a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia, y sin que la demandante la contradijera sobre el particular, la Oficina declaró que las cifras, en general, y la cifra «2», en particular, se utilizan corrientemente en el comercio para la presentación de los servicios de que se trata. Pues bien, procede considerar que dicho elemento carece de carácter distintivo en lo que atañe, al menos, a los servicios que no sean los mencionados en el apartado 42 *supra*”. —*Fundamento de Derecho 46-*.

“En cuanto a la alegación de la demandante de que la marca solicitada, que consiste en la designación típica de un canal de televisión, produce el mismo efecto que un nombre propio, procede señalar que esta alegación no puede desvirtuar la conclusión expuesta en el

de conjunto del signo, mas sin perjuicio de los elementos constituyentes del mismo, especialmente los que fueren principales y dominantes⁷⁸.

apartado anterior, sino que, por el contrario, la confirma. Por lo tanto, esta marca sólo puede registrarse si se demuestra que, como consecuencia del uso que se ha hecho de la misma, el público correspondiente la percibe efectivamente como un nombre propio, es decir, como la indicación del origen comercial de los servicios de que se trata. Ahora bien, debe señalarse que en ningún momento del procedimiento ante la Oficina la demandante invocó el artículo 7, apartado 3, del Reglamento n. 40/94”. –*Fundamento de Derecho 52*–.

“En consecuencia, debe señalarse, con carácter general, que a una marca compleja sólo se le puede aplicar el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94 si todos los elementos que la componen carecen de carácter distintivo en relación con los productos o servicios a que se refiere la solicitud de marca”. –*Fundamento de Derecho 55*–.

⁷⁸. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 3 de Julio de 2003 – *Best Buy Concepts Inc. V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-122/01*–:

“En segundo lugar, dado que la marca solicitada es una marca compleja, a efectos de apreciar su carácter distintivo procede examinarla en su conjunto. No obstante, ello no es incompatible con un examen previo de los diferentes elementos de que está compuesta la marca”. –*Fundamento de Derecho 27*–.

“En lo que atañe, en primer lugar, al signo denominativo «best buy», procede señalar que está compuesto por palabras inglesas comunes que indican, de manera evidente, una relación ventajosa entre el precio de los servicios a que se refiere la solicitud y su valor comercial”. –*Fundamento de Derecho 28*–.

“Por consiguiente, el público pertinente lo percibe inmediatamente como una mera fórmula publicitaria o un eslogan que indica que los servicios de que se trata suponen la mejor «compra» posible en su categoría o la «mejor relación calidad-precio», como señaló la Sala de Recurso en el apartado 17 de la resolución impugnada”. –*Fundamento de Derecho 29*–.

“Al respecto, no resulta pertinente la alegación que formuló la demandante en el acto de la vista según la cual, aunque se reconozca «el contenido semántico indudable» del signo denominativo de que se trata, no se informa al consumidor sobre el objeto o la naturaleza de los servicios ofertados. En efecto, para dejar constancia de la falta de carácter distintivo basta señalar que el contenido semántico del signo denominativo, elemento principal y dominante en la marca de que se trata, indica al consumidor una característica del servicio relativa a su valor comercial que, sin ser concreta, transmite una información de carácter promocional o publicitario que el público pertinente percibirá ante todo como tal y no como una indicación del origen comercial de los servicios (véase, en este sentido, la sentencia REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS, antes citada, apartados 29 y 30). Además, la mera falta de información, en el contenido semántico del signo denominativo

II.5.2. *Marcas gráficas*

Este modalidad de marca puede configurarse bien mediante imágenes, figuras, símbolos o dibujos –*artículo 4.2.c) LVM*–. Por lo que respecta a la reproducción del signo en el momento de presentar la solicitud de registro, habrá de hacerse contar una reproducción en la solicitud misma y en hojas aparte se acompañarán cuatro reproducciones más –*artículo 2.2 RELVM*–. Ahora bien, en el caso de que no se procediere de tal forma, en la solicitud habrá de mencionarse la naturaleza gráfica del signo, pudiendo figurar, asimismo, con carácter facultativo, una descripción escrita de la marca –*artículo 2.3 RELVM*–.

En este orden de cosas, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia señala que se ha de valorar especialmente la naturaleza del signo y de los pro-

«best buy», relativa a la naturaleza de los servicios a que se refiere, no puede ser suficiente para conferir carácter distintivo a dicho signo”. –*Fundamento de Derecho 30*–.

“Además, el hecho de que los dos elementos que forman el signo denominativo «best buy» estén yuxtapuestos no puede bastar, por la mera omisión de un artículo en su estructura («a best buy» o «the best buy»), ni para hacer de él una invención léxica que pueda conferirle carácter distintivo ni para dotarlo de un carácter original que, en todo caso, no es un criterio para valorar el carácter distintivo de un signo [véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft/OAMI (EASYBANK), T-87/00, Rec. p. II-1259, apartado 40]”. –*Fundamento de Derecho 32*–.

“En la medida en que la marca solicitada está formada por la combinación de los elementos anteriormente analizados, debe apreciarse el carácter distintivo de dicha marca, considerada en su conjunto”. –*Fundamento de Derecho 35*–.

“Teniendo en cuenta los elementos anteriormente señalados, resulta que, en su conjunto, la marca solicitada sólo está formada por elementos que, considerados aisladamente, carecen de carácter distintivo para la comercialización de los servicios de que se trata. Además, no existe ninguna interacción entre estos diferentes elementos que pueda conferir carácter distintivo al conjunto”. –*Fundamento de Derecho 36*–.

“En efecto, la forma de una etiqueta no puede influir en el significado de los elementos denominativos dominantes. Además, lejos de añadir un elemento distintivo, este elemento gráfico refuerza el carácter publicitario de los elementos denominativos en la percepción del público pertinente”. –*Fundamento de Derecho 37*–.

ductos, dado que pueden influir en la percepción que el público tuviere de la marca. Asimismo, se pone de relieve que el hecho de que un signo distintivo cumpliera varias funciones simultáneamente en nada afecta a su eficacia distintiva⁷⁹.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 6 de Marzo de 2003 –*Daimler-Chrysler Corporation V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos)* (OAMI); Asunto T-128/01–:

“En tercer lugar, por lo que respecta a la afirmación de la demandante de que la Sala de Recurso consideró indebidamente que el público no está acostumbrado a percibir la marca controvertida como una indicación del origen del producto (apartado 15 de la resolución recurrida), debe tenerse en cuenta que la apreciación del carácter distintivo de una marca implica considerar todos los elementos pertinentes relacionados con las circunstancias específicas del caso. Entre esos elementos no puede descartarse la posibilidad de que la naturaleza del signo, así como la de los productos a que se refiere la marca solicitada puedan influir en la percepción que el público tenga de dicha marca”. –*Fundamento de Derecho 39*–.

“Sobre el particular, procede observar que los vehículos y los aparatos de locomoción terrestre son productos de gran tamaño para los cuales puede ser conveniente utilizar no sólo una marca denominativa, sino también marcas gráficas o tridimensionales con el fin de permitir la identificación virtual de ese producto por el público a que se destina”. –*Fundamento de Derecho 40*–.

“Procede señalar que, desde hace mucho tiempo e incluso en la fecha de presentación de la solicitud de marca, que constituye el momento pertinente para analizar la existencia de motivos de denegación absolutos, las calandras ya no cumplen una función meramente técnica, como puso de manifiesto el dictamen pericial del Sr. F.E. Hoadley. Además, a diferencia de otras piezas que integran un vehículo de motor, en algunos casos las formas de calandras persisten a lo largo del tiempo y se utilizan para distintos modelos de un mismo fabricante”. –*Fundamento de Derecho 41*–.

“En efecto, la calandra se ha convertido en un elemento esencial del aspecto de los vehículos y de la distinción entre los modelos existentes en el mercado producidos por los diversos fabricantes de tales productos. Por lo tanto, se trata de elementos que pueden ser intrínsecamente útiles para la diferenciación visual de un modelo de una gama, incluso de todos los modelos de un mismo fabricante de vehículos a motor en relación con otros modelos”. –*Fundamento de Derecho 42*–.

“No puede desvirtuar esta conclusión la apreciación del Sr. F.E. Hoadley de que una calandra también puede servir para permitir la aireación del motor del vehículo y para dar una cierta estabilidad a su parte delantera. A este respecto, procede señalar que el

II.5.3. *Marcas tridimensionales*

Las formas tridimensionales son, asimismo, aceptadas como signos susceptibles de registrarse como marcas, manifestando la nueva regulación, con un carácter no exhaustivo, que tales formas podrán consistir, en particular, en envoltorios, envases y la forma de producto o su presentación –*artículo 4.2.d) LVM*–. Asimismo, tratándose de una marca tridimensional, la solicitud de registro habrá de comprender una reproducción gráfica o fotográfica bidimensional de la misma, pudiendo constar de hasta seis perspectivas diferentes, siempre que se agruparen formando una única y misma reproducción. En todo caso, si la reproducción no mostrare suficientemente los detalles de la marca, se podrá exigir al solicitante que proporcione hasta seis vistas diferentes de la marca y una descripción escrita de la misma –*artículo 2.3 y 4 RELVM*–.

El examen que la Doctrina jurisprudencial ha llevado a cabo de esta modalidad de marca incide en dos aspectos, subjetivo y objetivo. En base al primero de ellos, se considera el público destinatario del producto e interesado en él. Así, se entiende que tal público está integrado por los consumidores, habiendo de “proceder a apreciar el carácter distintivo de la marca solicitada tomando en consideración la expectativa que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. De acuerdo con el segundo de los aspectos, se establece que la *forma y el color* no resultan cualidades relevantes para establecer la diferenciación entre las marcas confrontadas, amén de no ser consideradas especialmente por el consumidor medio, por lo que habrá de atenderse a la “orientación espacial específica del producto”⁸⁰, a fin de determinar el

hecho de que un signo cumpla varias funciones simultáneas no influye en su carácter distintivo [véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de octubre de 2002, Glaverbel/OAMI (superficie de una placa de vidrio), T-36/01, Rec. p. I-0000, apartado 24], sobre todo si la función distintiva resulta preponderante en relación con las demás funciones”. –*Fundamento de Derecho 43*–.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 30 de Abril de 2003 –*Axions SA. & Christian Belce V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos)* (OAMI); *Asuntos acumulados T-324/01 y T-110/02*–:

“Debe señalarse, en segundo lugar, que el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94 no distingue entre las diferentes clases de marcas. Por consiguiente, al apreciar el carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma de los propios productos, como las solicitadas en el caso de autos, no procede aplicar criterios más severos que los aplicados a otras clases de marcas (sentencia Forma de las linternas, antes citada, apartado 32)”. –*Fundamento de Derecho 32-*.

“En el caso de autos, en lo que atañe, en primer lugar, a la marca tridimensional en forma de puro de color marrón (asunto T-324/01), la Sala de Recurso señaló que las formas inspiradas en las de los puros o los cigarrillos son muy frecuentes en el mercado de los productos de que se trata (apartado 27 de la resolución recurrida en el asunto T-324/01). En efecto, como ha demostrado satisfactoriamente la OAMI en su escrito de contestación, además de los productos de chocolate con forma de puro citados en la resolución recurrida, existen en el mercado otros productos que tienen formas similares, como los puros de chocolate fabricados por las empresas Godiva, Niederegger y Hauser, algunos de los cuales se asemejan mucho a un verdadero puro”. –*Fundamento de Derecho 33-*.

“Además, como señala acertadamente la Sala de Recurso en los apartados 29 y 30 de la resolución recurrida en el asunto T-324/01, la forma y el color que integran la marca solicitada se distinguen demasiado poco de la forma y el color de otros productos de chocolate y de pastelería existentes en el mercado para poder considerar que, a falta de otros elementos, como los de carácter denominativo o gráfico, esta marca posee el carácter distintivo mínimo exigido”. –*Fundamento de Derecho 34-*.

“La alegación de los demandantes relativa a la existencia de diferencias supuestamente considerables entre la forma y el color de la marca solicitada (forma redonda y cilíndrica que, a causa de su color marrón, se asemeja a la de un puro) y la forma y el color de otros productos de chocolate y de pastelería a que se refiere la resolución recurrida en el asunto T-324/01 no puede desvirtuar las anteriores consideraciones. A este respecto, procede señalar que, como manifiesta con acierto la OAMI, el consumidor medio no examina detenidamente la forma y el color de los productos correspondientes, cualidades a las que presta poca atención. Por lo tanto, las supuestas diferencias de forma y de color, a las que se refieren los demandantes en el caso de autos, no pueden desvirtuar la conclusión de que la marca solicitada no se diferencia esencialmente de una de las formas de base de los productos aludidos corrientemente utilizada en el comercio”. –*Fundamento de Derecho 35-*.

“Por otra parte, en relación con la marca tridimensional en forma de lingote dorado (asunto T-110/02), la OAMI afirma también acertadamente que el consumidor medio presta poca atención a la forma y al color de los productos correspondientes. A este respecto, debe rechazarse la alegación de los demandantes de que, a la vista del elevado precio con que dichos productos se comercializan, la atención de los consumidores será mayor. Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, a efectos de la apreciación de si puede registrarse un signo denominativo en relación con una categoría determinada de productos y/o de servicios, es irrelevante que quien solicita la

marca controvertida prevea o lleve a la práctica un determinado concepto de comercialización. En efecto, la existencia de un concepto de comercialización es un factor ajeno al derecho conferido por la marca comunitaria. Además, un concepto de comercialización, al depender únicamente de una decisión de la empresa de que se trate, puede cambiar con posterioridad al registro de la marca comunitaria y, por tanto, no tendrá ninguna incidencia en la apreciación de si puede ser registrado [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, Daimler-Chrysler/OAMI (TELE AID), T-355/00, Rec. p. II-1939, apartado 42]. Por lo tanto, la OAMI sostiene fundadamente que algunas circunstancias, como el precio del producto en cuestión, que no son objeto de registro, no pueden tomarse en consideración al apreciar el carácter distintivo de una marca”. – *Fundamento de Derecho 36*–.

“En efecto, por una parte, como ha señalado la OAMI en su contestación, para apreciar el carácter distintivo de una marca tridimensional, sólo procede tener en cuenta la orientación espacial específica del producto, cuya forma constituye la marca, si ese producto se presenta habitualmente con tal orientación, como es el caso, por ejemplo, de las botellas. Sin embargo, en el caso de autos, las barras de chocolate no se presentan habitualmente con una orientación espacial concreta. La circunstancia de que los productos que comercializan los demandantes con la mencionada forma tengan un elemento gráfico en la superficie más ancha del envoltorio no basta para demostrar una orientación espacial específica de tales productos. El elemento gráfico en cuestión se refiere a un determinado concepto de comercialización que persigue el solicitante de la marca, que puede modificarse y cuya existencia, como se ha señalado en el apartado 36 *supra*, carece de pertinencia para la apreciación de si un signo puede ser registrado como marca”. – *Fundamento de Derecho 40*–.

“Por lo que respecta al tamaño de la forma de que se trata no puede ser determinante, de por sí, para apreciar el carácter distintivo de esa forma, puesto que se refiere a un aspecto de los productos controvertidos que está relacionado con la cantidad de chocolate contenida en el envoltorio. Por lo tanto, no procede considerar que el público pertinente percibe la forma de lingote dorado, ni siquiera en relación con las dimensiones mencionadas por los demandantes, como una indicación del origen comercial de los productos en cuestión”. – *Fundamento de Derecho 41*–.

“Por último, en el formulario de solicitud de marca comunitaria, los demandantes indicaron, marcando la casilla prevista a tal fin, que la marca solicitada es una marca tridimensional. No obstante, en la rúbrica «Especificación de otro tipo de marca» prevista en el formulario de solicitud figura la mención «representación de una pirámide truncada invertida de base rectangular con un tamaño aproximado de 25 cm x 8 cm con las caras laterales biseladas». Ahora bien, de la estructura de dicho formulario, así como de la parte que lleva como título «Representación de la marca» de las «Notas sobre el formulario de solicitud» emitidas por la OAMI se desprende que las «otras marcas» son las que no están comprendidas en una de las categorías expresamente mencionadas entre las que figura la marca tridimensional. Por lo tanto, se considera que las marcas tridimensionales son un

carácter distintivo de los signos en confrontación. Asimismo, se pone de relevancia, como criterio distintivo entre las marcas tridimensionales, la dimensión y el alcance que el “aspecto del producto” presentan en dicha diferenciación, si bien ciertos elementos integrantes y presentes en dicho «aspecto» resultan indiferentes a tal fin⁸¹. En todo caso, en el empleo de

tipo de marcas que no está comprendido en la categoría de las «otras marcas»”. –*Fundamento de Derecho 42*–.

“Por consiguiente, si se registrara la marca solicitada, no serían objeto del registro las indicaciones relativas a la orientación espacial ni al tamaño de la forma de que se trata, que, por lo tanto, obedecerían a un simple concepto de comercialización”. –*Fundamento de Derecho 43*–.

⁸¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 5 de Marzo de 2003 –*Unilever NV V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-194/01*–:

“No obstante, a efectos de la aplicación de dichos criterios, procede tener en cuenta el hecho de que la percepción del público interesado no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional constituida por el aspecto del propio producto que en el caso de una marca denominativa, figurativa o tridimensional que no esté constituida por dicho aspecto. En efecto, mientras que el público está acostumbrado a percibir inmediatamente estas últimas marcas como signos identificadores del producto, no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo se confunde con el aspecto del propio producto (sentencia Pastilla rectangular con incrustación, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 51, y conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, citadas en el apartado 44 *supra*, punto 12)”. – *Fundamento de Derecho 45*–.

“El mero hecho de que la demandante y sus competidoras hayan escogido formas y colores distintos para sus detergentes sólidos y se esfuercen en protegerlos como marcas no basta para concluir que el público de que se trata percibe normalmente el aspecto de tales productos como una indicación de su origen comercial”. –*Fundamento de Derecho 50*–.

“Las motas presentes en la pastilla no confieren carácter distintivo a la marca solicitada. En efecto, la inclusión de motas forma parte de las soluciones que acuden a la mente de un modo más natural cuando se trata de combinar diferentes sustancias en un producto detergente (véase, en particular, la sentencia Pastilla rectangular con incrustación, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 58). Además, constituyen características habituales del aspecto de los detergentes sólidos. El hecho de que las motas presentes en la pastilla cuyo registro se solicita sean relativamente grandes no puede influir de modo significativo en el carácter distintivo de la marca solicitada. En efecto, los polvos presentan aspecto moteado cuando se componen de partículas claras y oscuras que se comprimen en forma de

signos tridimensionales como marcas siempre se pone especial atención en la tutela del interés general⁸².

pastillas, explicándose fácilmente las variaciones en el tamaño de las motas por el volumen de las partículas que integran los polvos”. –*Fundamento de Derecho 58*–.

⁸². Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de Abril de 2003 –*Linde AG & Winward Industries Inc. & Rado Uhren AG; Asuntos acumulados C-53/01 a C-55/01*– [Cuestión prejudicial sometida al Tribunal de Justicia]:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva persigue un objetivo de interés general que exige que los signos o indicaciones descriptivas de las características de productos o servicios para las que se solicita el registro puedan ser libremente utilizados por todos, incluso como marcas colectivas o en marcas complejas o gráficas. Esta disposición impide, por consiguiente, que tales signos o indicaciones se reserven a una sola empresa debido a su registro como marca (véase, en este sentido, la sentencia *Windsurfing Chiemsee*, antes citada, apartado 25)”. –*Fundamento de Derecho 73*–.

“El interés general subyacente en el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva implica que todas las marcas que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir para designar las características de un producto o servicio en el sentido de esta norma estén a la libre disposición de todos y no puedan registrarse, sin perjuicio de la aplicación del apartado 3 del mismo artículo”. –*Fundamento de Derecho 74*–.

“La autoridad competente para aplicar el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva a dichas marcas debe determinar, en relación con los productos o servicios para los cuales se solicita el registro, tras realizar un examen concreto de todos los elementos pertinentes que caracterizan esta solicitud y, en particular, a la luz del interés general antes mencionado, si en el supuesto concreto se aplica la causa de denegación del registro prevista en dicha disposición. También es preciso un examen concreto como el descrito cuando se trata de una solicitud de registro de una marca tridimensional constituida por la forma del producto. Sin embargo, en tal caso, la citada autoridad no puede denegar el registro por principio”. –*Fundamento de Derecho 75*–.

“Se desprende de lo anterior que una marca tridimensional constituida por la forma del producto debe someterse, como cualquier otra categoría de marcas, a un examen de su conformidad con todos los criterios enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras b) a e), de la Directiva y que éstos deben interpretarse y aplicarse en cada caso concreto a la luz del interés general subyacente en cada uno de ellos”. –*Fundamento de Derecho 76*–.

“Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda parte de la segunda cuestión que, al examinar en cada caso concreto la causa de denegación del registro prevista en el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva ha de tomarse en cuenta el interés general

II.5.4. Marcas sonoras

Los signos sonoros, a diferencia de la normativa derogada, que omitía cualquier mención al respecto, han sido expresamente incorporados a la relación enunciativa de los que pudieren devenir en marcas –*artículo 4.2.e) LVM*–. En este sentido, la normativa nacional se ha sumado a los ordenamientos jurídicos en los que el sonido resulta admitido como signo de identificación y diferenciación⁸³. De otra parte, la inscripción registral de los signos sonoros puede realizarse bien mediante la partitura en pentagrama en la que se recogieren las notas musicales, bien mediante cualquier otro soporte apto o susceptible de reproducir fielmente el sonido⁸⁴. Ahora bien, la nueva regulación exige que la reproducción del signo ha de ser necesariamente de carácter gráfico, por lo que, de emplearse otro tipo de soportes, los mismos habrán de ser, en todo caso, susceptibles de representación gráfica –*artículo 2.3 y 6 RELVM*–.

La Jurisprudencia comunitaria no se ha pronunciado aún respecto de la presente modalidad de marca. Ello no obstante, sí cabe mencionar los criterios y principios que el Abogado General anticipa en el Caso *Shield Mark BV V. Joost Kist*; Asunto C-283/01⁸⁵.

subyacente en esta norma, es decir, que todas las marcas tridimensionales constituidas por la forma de un producto que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir para designar las características de un producto o servicio en el sentido de dicha norma estén a la libre disposición de todos y no puedan registrarse, sin perjuicio de la aplicación del artículo 3, apartado 3, de dicha Directiva”. –*Fundamento de Derecho 77*–.

⁸³ Así, cabría citar cómo el «rugido del león» ha sido objeto de registro como marca de los productos cinematográficos de la productora Metro Goldwyn Mayer o la manera en que el «ruido especial» de la motocicleta Harley Davidson ha accedido también al registro como marca.

⁸⁴ *Vide*, en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 23 y ss.

⁸⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 3 de Abril de 2003 en el *Caso Shield Mark BV V. Joost Kist*; Asunto C-283/01:

“En la medida en que la Directiva no ha excluido los sonidos, ningún Estado miembro está en condiciones de impedir el registro como marca de un mensaje de esa índole, siempre, claro está, que satisfaga los requisitos exigibles: capacidad para diferenciar y susceptibilidad de representación gráfica”. –*Fundamento de Derecho 21*–.

“Los ordenamientos jurídicos de numerosos Estados miembros mencionan de forma expresa los sonidos como signos adecuados para constituir o formar parte de una marca. Es el caso de Alemania, Austria, España, Francia, Grecia, Italia y Portugal. Otros sistemas, como la Directiva, no los citan. Se trata de los tres Estados que forman la Unión económica Benelux, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, el Reino Unido y Suecia. Sin embargo, ninguno los excluye de forma explícita; es más, todas las normas utilizan, como el artículo 2 de la Directiva sobre marcas, locuciones expresivas de que la relación que incorporan es abierta e incompleta”. –*Fundamento de Derecho 22*–.

“En alguna de las legislaciones en las que los sonidos no aparecen mencionados por su nombre, la práctica administrativa, mediante su admisión, se ha encargado de desmentir a quienes sostenían que las señales acústicas no pueden integrar esta modalidad de propiedad industrial”. –*Fundamento de Derecho 23*–.

“En virtud de las anteriores reflexiones, propongo al Tribunal de Justicia que, en contestación a la primera de las preguntas prejudiciales formuladas por el Hoge Raad, declare que el artículo 2 de la Directiva no sólo no se opone a que los signos sonoros sean marcas, sino que impide a los ordenamientos jurídicos nacionales excluirlas, *a priori*, de esa condición”. –*Fundamento de Derecho 24*–.

“Las notas musicales son los signos con los que se representan los sonidos. Pero, su sucesión, sin más, no identifica una melodía, diferenciándola de otras. La repetición por escrito del nombre de las nueve primeras notas de *Para Elisa* no quiere decir nada. No singulariza el sonido con la claridad y la precisión que demanda el requisito de la representación gráfica”. –*Fundamento de Derecho 38*–.

“Para alcanzar ese objetivo, es menester reflejar los sonidos mediante su notación musical, de manera que sean perfectamente reconocibles, sin lugar a dudas. Y, a tal fin, hay un único camino, recogerlos en un pentagrama. Con este lenguaje universal, el dibujo difuso que constituye la sucesión de las notas, llamadas por su nombre, aparece nítido, con sus contornos precisos para identificarlo, diferenciándolo de otros. Las notas escritas en el pautado, con la clave, que determina la entonación, el compás, que fija el ritmo y el valor relativo de cada una, así como la indicación de los instrumentos que han de interpretarlas son una «fotografía» fiel de la sucesión de sonidos que se representan; si se me permite la expresión, son su «huella dactilar». –*Fundamento de Derecho 39*–.

“Esta forma de representación de los sonidos cumple los requerimientos indicados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Sieckmann. Es clara, precisa, completa, duradera, objetiva y fácilmente accesible. Es verdad que no es inteligible por todos, pero no hay motivo para exigir que la percepción sea inmediata. Habida cuenta de la razón de ser del

requisito, es suficiente con que, mediante instrumentos de interpretación, de ejecución o de reproducción objetivos y fiables, los destinatarios de la inscripción registral tengan cabal conocimiento del signo distintivo que el titular monopoliza”. –*Fundamento de Derecho 40*–.

“El solfeo, que es la técnica destinada a cantar correctamente los textos musicales, no es dominado por la generalidad de los destinatarios del signo, pero permite que, con la lectura de la partitura por una persona versada, los legos lleguen a aprehender el signo sonoro sin riesgo de confusión sobre su identidad”. –*Fundamento de Derecho 41*–.

“Los anteriores razonamientos me permiten sugerir que se responda a la segunda cuestión prejudicial planteada por el Hoge Raad, declarando que:

la representación gráfica de las marcas sonoras debe ser clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva;

la determinación de si se satisfacen tales requisitos corresponde al juez nacional competente en cada caso, de conformidad con las circunstancias de hecho concurrentes;

con carácter general, tales condiciones se cumplen con la representación mediante un pentagrama;

por el contrario, normalmente son insuficientes las descripciones con el lenguaje escrito, incluidas las onomatopeyas y la sucesión denominativa de notas musicales”. –*Fundamento de Derecho 47*–.

“A tenor de los razonamientos precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que, en respuesta a las preguntas formuladas por el Hoge Raad der Nederlanden, declare que:

1) «El artículo 2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, no sólo no se opone a que los signos sonoros sean marcas, sino que impide que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros los excluyan, *a priori*, de esa condición».

2) «Para que un sonido pueda ser una marca, además de tener carácter distintivo, debe ser susceptible de una representación gráfica clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva».

3) «La determinación de si la representación gráfica de un mensaje acústico reúne las anteriores condiciones compete al juez nacional, en atención a las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso».

4) «No obstante, dichos requisitos son satisfechos, con carácter general, por la representación mediante un pentagrama».

5) «Por el contrario, normalmente son insuficientes las descripciones con el lenguaje escrito, incluidas las onomatopeyas y la sucesión denominativa de notas musicales”. –*Conclusión y Fundamento 53*–.

II.5.5. Problemática de las denominadas marcas olfativas

El requisito *sine qua non* fijado por el artículo 4.1 LVM, exigiendo al signo que optare a su registro como marca su susceptibilidad de representación gráfica, presenta una dimensión especial en el caso de determinados estímulos o percepciones odoríficas. Así, habría de determinarse si tales manifestaciones odoríficas podrían ubicarse en el citado tipo legal, hallando acomodo a su naturaleza específica en el mencionado requisito.

En este sentido, la Doctrina científica se ha mostrado dividida por lo que respecta a la aceptación como marca de un estímulo o percepción odorífica, toda vez que ésta no resulta susceptible de representación gráfica⁸⁶. Ahora bien, este requisito podría ser integrado mediante determinadas pruebas técnicas, como son los «aromagramas», que, sin desvelar la composición química, posibilitan una representación gráfica de los olores.

Ello no obstante, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de Diciembre de 2002, amén de determinar lo que ha de entenderse por la «susceptibilidad de representación gráfica» –Fallo 1)⁸⁷–, desestima la posibilidad de que un signo olfativo pudiese convertirse en marca, ya que “el requisito de la representación gráfica no se cumple mediante una fórmula química, una descripción con palabras escritas, el depósito de una

⁸⁶ Así, se pronuncian negativamente a la aceptación como marca, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1436 y ss. LLOBREGAT HURTADO, M^a. Luisa: *Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto*, en “Revista de Derecho Mercantil. N^o 227”, Madrid, Enero-Marzo 1998, págs. 51 y ss.

De otra parte, a favor de la admisión de tal signo, cabe destacar ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, pág. 25.

⁸⁷ Fallo 1).- “El artículo 2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, debe interpretarse en el sentido de que puede constituir una marca un signo que en sí mismo no pueda ser percibido visualmente, a condición de que pueda ser objeto de representación gráfica, en particular por medio de figuras, líneas o caracteres, que sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva”.

muestra del olor en cuestión ni una combinación de dichos elementos” –Fallo 2)–⁸⁸. Asimismo, la OAMI también ha denegado el registro de una marca olfativa para la Clase Niza 1 de productos⁸⁹.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de Diciembre de 2002 –*Ralf Sieckmann V. Deutsches Patent- und Markenamt; Asunto C-273/00*–:

“El artículo 2 de la Directiva tiene por objeto definir los tipos de signos que pueden constituir marcas. Esta disposición prevé que podrán constituir marcas «especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación». Es verdad que dicho artículo únicamente menciona signos que pueden ser percibidos visualmente, de tipo bidimensional o tridimensional, y que pueden, por tanto, ser representados por medio de letras, de caracteres escritos o de una imagen”. –*Fundamento de Derecho 43*–.

“Ahora bien, según se deduce tanto de los términos de dicho artículo 2 como del séptimo considerando de la Directiva, que hace referencia a «una lista enunciativa» de signos susceptibles de constituir una marca, esta enumeración no tiene carácter exhaustivo. Por lo tanto, aunque la referida disposición no menciona aquellos signos que en sí mismos no pueden ser percibidos visualmente, como ocurre con los olores, tampoco los excluye expresamente”. –*Fundamento de Derecho 44*–.

“En tales circunstancias, procede interpretar el artículo 2 de la Directiva en el sentido de que puede constituir una marca un signo que en sí mismo no pueda ser percibido visualmente, a condición de que pueda ser objeto de representación gráfica”. –*Fundamento de Derecho 45*–.

“Esta representación gráfica debe hacer posible que el signo sea representado visualmente, en particular por medio de figuras, líneas o caracteres, de manera que pueda ser identificado con exactitud”. –*Fundamento de Derecho 46*–.

“En primer lugar, una de las funciones del requisito de la representación gráfica es definir la propia marca, a fin de determinar el objeto exacto de la protección que la marca registrada confiere a su titular”. –*Fundamento de Derecho 48*–.

“En segundo lugar, la finalidad de la inscripción de la marca en un registro público es que ésta resulte accesible a las autoridades competentes y al público, en particular a los operadores económicos”. –*Fundamento de Derecho 49*–.

“Por un lado, las autoridades competentes deben conocer con claridad y precisión la naturaleza de los signos constitutivos de la marca, al objeto de poder cumplir sus obligaciones relativas al examen previo de las solicitudes de registro y a la publicación y mantenimiento de un registro de marcas adecuado y preciso”. –*Fundamento de Derecho 50*–.

“Por otro lado, los operadores económicos deben estar en condiciones de verificar con claridad y precisión las inscripciones practicadas en el registro y las solicitudes de registro pre-

sentadas por sus competidores actuales o potenciales, así como de tener acceso, de este modo, a información pertinente sobre los derechos de terceros”. –*Fundamento de Derecho 51-*.

“Para que los usuarios del registro estén en condiciones de determinar, basándose en la inscripción registral de una marca, la naturaleza exacta de ésta, su representación gráfica en el registro debe ser completa en sí misma, fácilmente accesible e inteligible”. –*Fundamento de Derecho 52-*.

“Además, para desempeñar su papel de marca registrada, un signo debe ser objeto de una percepción persistente y exacta que garantice la función de origen de dicha marca. Habida cuenta de la duración del registro de una marca y de que, según prevé la Directiva, la marca puede ser renovada por períodos más o menos largos, la representación debe ser duradera”. –*Fundamento de Derecho 53-*.

“Por último, la representación tiene precisamente por objeto excluir todo elemento de subjetividad en el proceso de identificación y percepción del signo. Por consiguiente, el medio de la representación gráfica debe ser inequívoco y objetivo”. –*Fundamento de Derecho 54-*.

“Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que el artículo 2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que puede constituir una marca un signo que en sí mismo no pueda ser percibido visualmente, a condición de que pueda ser objeto de representación gráfica, en particular por medio de figuras, líneas o caracteres, que sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva”. –*Fundamento de Derecho 55-*.

“Por lo que se refiere a la fórmula química, tal como el Gobierno del Reino Unido ha observado con acierto, pocas personas serían capaces de reconocer, en una fórmula de ese tipo, el olor en cuestión. Tal fórmula no resulta suficientemente inteligible. Por otro lado, tal como dicho Gobierno y la Comisión han indicado, una fórmula química no representa el olor de una sustancia, sino la sustancia en cuanto tal, y, por lo demás, tampoco resulta suficientemente clara y precisa. Por lo tanto, la fórmula química no es una representación a efectos del artículo 2 de la Directiva”. –*Fundamento de Derecho 69-*.

“La descripción de un olor, por su parte, aun cuando sea gráfica, no resulta suficientemente clara, precisa y objetiva”. –*Fundamento de Derecho 70-*.

“En lo que atañe al depósito de una muestra de un olor, es preciso señalar que no constituye una representación gráfica a efectos del artículo 2 de la Directiva. Por otro lado, una muestra de un olor no es lo suficientemente estable ni duradera”. –*Fundamento de Derecho 71-*.

“En el caso de un signo olfativo, si una fórmula química, una descripción por medio de palabras o el depósito de una muestra de un olor no cumplen por sí mismos los requisitos de la representación gráfica, tampoco la combinación de tales elementos puede cumplir dichos requisitos, especialmente los de claridad y precisión”. –*Fundamento de Derecho 72-*.

De otra parte, cabría citar determinados pronunciamientos de la *US Patent and Trademark Office*, en base a los cuales las marcas odoríficas hallarían su tutela en la normativa vigente. Así, el olor o la fragancia pueden ser registrados como marca en el supuesto de que se emplearen de un modo no funcional -§1202.02(a)(iii)(A) TMEP⁹⁰. En cambio, cuando sirvieran a un propósito utilitario, tal como una esencia de perfume, serían funcional y, por consiguiente, no registrables. A tal efecto, el conjunto de evidencias exigidas para establecer si un olor o una fragancia pueden operar como marca resulta determinante -§1202.13 TMEP⁹¹-.

“Habida cuenta de las precedentes consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que, en el caso de un signo olfativo, el requisito de la representación gráfica no se cumple mediante una fórmula química, una descripción con palabras escritas, el depósito de una muestra del olor en cuestión ni una combinación de dichos elementos”. – *Fundamento de Derecho 73*-.

⁸⁹ Solicitud de marca N.º 566596, acompañada de representación gráfica de aromagrama y cuya descripción señala que “la marca representa el olor del ámbar, olores de madera con matices de tabaco de Virginia y un sobretono de macis”.

⁹⁰ The Trademark Manual of Examining Procedure [TMEP]-Third Edition, January 2002; Revision 1, June 2002; Revision 2, May 2003-

1202.02(a)(iii)(A) *Functionality* [R-1].- “Un rasgo característico resulta funcional a los efectos de la Ley si el mismo resultare <<esencial para el uso o propósito del producto o si afectare al coste o calidad del producto”.

En este sentido, cabe destacar «*In re Clarke, 17 USPQ 2d 1238 [TTAB 1990]*», en el que el «*Trademark Trial and Appeal Board*» estableció que un olor se empleara y se registrara como marca para “hilo de costura y bordado”.

⁹¹ *Vide*, en este sentido, «*In re Owens-Corning Fiberglas Corp., 774 F.2d 1116, 227 USPQ 417 [Fed. Cir. 1985]*».

Asimismo, cabría citar en este orden de cosas, 807.11.- “*Drawing*” of *Sound, Scent, or Non-Visual Mark*. TMEP.

“37 C.F.R. §2.52(a)(3).- Sound, scent, and non-visual marks. The applicant is not required to submit a drawing if the applicant’s mark consists only of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed written description of the mark.

The applicant is not required to submit a drawing if the applicant’s mark consists *solely* of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed written description of the mark that clearly explains the

II.6. Régimen de prohibición

II.6.1. *Conceptuación preliminar*

El régimen de las prohibiciones de registro como marca o como nombre comercial -*artículos 5 a 10 y 88 LVM*- de determinados signos, amén de resultar tributario o derivativo de las disposiciones de carácter comunitario e internacional, con lo cual su interpretación y aplicación en el Derecho nacional, tanto por la OEPM como por la judicatura, habrá de atender el Derecho Comunitario en la materia⁹², presenta una doble virtualidad. Así, de una parte, y con *carácter positivo*, constituyen el elenco de requisitos que ha de reunir un signo a fin de poder ser constitutivo de tal categoría de derecho de Propiedad Industrial. Ahora bien, con *carácter*

sound or scent. 37 C.F.R. §2.52(a)(3). If the mark comprises music or words set to music, the applicant may also submit the musical score for the record.

The applicant should submit a page that indicates “NO DRAWING” in the place where the mark would otherwise appear. The mark should be coded under Mark Drawing Code 6 in the automated search system. This code formerly included only sound marks, but it now includes all non-visual marks.

If the mark is a composite comprising both visual and non-visual matter, the applicant must submit a drawing depicting the visual matter, and include a description of the non-visual matter”.

U. S. Trademark Law Rules of Practice & Federal Statutes - U. S. Patent & Trademark Office -9th edition - July 30, 2003-

37 C.F.R. PART 1—RULES OF PRACTICE IN PATENT CASES

“§2.52- *Types of drawings and format for drawings.*

(a) A drawing depicts the mark sought to be registered. The drawing must show only one mark. The applicant must include a clear drawing of the mark when the application is filed. There are two types of drawings:

(3) *Sound, scent, and non-visual marks.* The applicant is not required to submit a drawing if the applicant’s mark consists only of a sound, a scent, or other completely non-visual matter. For these types of marks, the applicant must submit a detailed written description of the mark”.

⁹² *Vide*, en este sentido, ROBLES MORCHON, Gregorio: *Las marcas en el Derecho español. (Adaptación al Derecho Comunitario)*, Madrid, 1995, págs. 36 y ss.

negativo –que es el que fundamentalmente contempla la nueva normativa–, el régimen de las prohibiciones deviene en un conjunto de causas imposibilitadoras o excluyentes del registro como marca o nombre comercial de un signo en virtud de diferentes razones que lo inhabilitan para tal función. Asimismo, en este orden de cosas cabe manifestar que el citado régimen de prohibiciones puede operar, con *carácter ex post*, como una categoría de «causas de nulidad o caducidad» de un registro de marca ya practicado –*artículos 51, 52 y 55.1.d) y e) LVM*⁹³–. Por consiguiente, el signo en el que, *ab initio* o derivativa o sobrevenidamente, concurrieren las prohibiciones de registro, o bien no podrá acceder a la condición de marca o de nombre comercial o bien, en el supuesto de que hubiere accedido, su registro podrá ser anulado, respectivamente.

En este orden de cosas, se ha de poner de relieve, asimismo, la catalogación y clasificación legal de las prohibiciones de registro en dos categorías. De una parte, se hallan las *prohibiciones absolutas* –*artículo 5 LVM*–, las cuales se fundamentarían en el interés general u objetivo de una sociedad organizada en lo económico de acuerdo con el sistema de mercado y libre competencia –*artículo 38* de la Constitución Española, de 27 de Diciembre de 1978 y los *artículos 4 y 14.2* del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, de 25 de Marzo de 1957–, la cual, en aras a contribuir a la garantía de dicho sistema, reconoce derechos de marca en favor de los operadores organizados que compitieren en su seno. De otra parte, se establecen las *prohibiciones relativas*, cuyo fundamento residiría en la protección de bienes o derechos anteriores de terceros que resultaren incompatibles con el signo cuyo registro se preconizare⁹⁴.

⁹³ A este respecto, se sostiene que “las prohibiciones de registro constituyen el «negativo» de los *requisitos de idoneidad* que ha de reunir un signo para ser constitutivo de marca”: ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1189. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2001, págs. 434 y ss.

⁹⁴ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1191 y ss.

Asimismo, habría de manifestarse que la citada catalogación presenta otros efectos en lo que respecta a la *legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad -y a su plazo de prescripción-* contra la marca o el nombre comercial registrados en contravención de un tipo u otro de prohibición *-artículo 59 LVM-*.

En tal sentido, en el supuesto de que se tratase de *prohibiciones absolutas*, la «legitimación activa» la tendrían la OEPM, cualquier persona física o jurídica, así como cualquier agrupación constituida legalmente para la representación de los intereses de fabricantes, productores, prestadores de servicios, comerciantes o consumidores, que resultaren afacetadas o gozaren de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Esta última referencia podría resultar innecesaria al hallarse incluida en la mención referente a «toda persona jurídica»; ahora bien, ello no obstante, podría tener la virtualidad de amparar y de dotar de legitimación a agrupaciones constituidas *ad hoc*, bien para oponerse al registro, bien para litigar *ad casum* contra una marca registrada en infracción de una prohibición de registro. Por lo que respecta al «plazo de prescripción», la acción de nulidad basada en la violación de las prohibiciones absolutas resulta *imprescriptible -artículo 51.2 LVM-*. De ello deriva que la vigencia de las prohibiciones absolutas es *permanente*, lo cual, a su vez, presenta dos efectos. En primer lugar, que las citadas prohibiciones continúan desplegando sus efectos obstativos aun cuando el signo hubiere logrado el registro como marca. En segundo lugar, que la prohibición puede operar derivativa o sobrevenidamente; esto es, que el signo fuere regularmente registrado, dado que la prohibición no existía en el momento en el que se solicitó y practicó el registro, mas, en cambio, dicha prohibición aconteciere durante la vida de la marca o del nombre comercial ya registrados *-artículo 55.1.d) y e) LVM*, que regula tal aspecto bajo el régimen de la *caducidad y no el de la nulidad-*.

De otro lado, en el supuesto de que se tratase de *prohibiciones relativas*, la «legitimación activa» para obtener la anulación o caducidad del registro se contrae a los titulares de derechos anteriores afectados por el registro -y a sus causahabientes, en el caso de los derechos anteriores previstos en el *artículo 9.1.a) y b) LVM*: nombre civil o imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca o la persona identificada por un nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante-. En cuanto al «plazo de prescripción», éste es de *cinco años*, computados desde el momento en que el titular de un derecho anterior conociere el uso de un signo posterior registrado incompatible con el suyo anterior. Ahora bien, en el supuesto de que la solicitud de la marca posterior se hubiere efectuado de mala fe, la acción será *imprescriptible -artículo 52.2 LVM*, que deriva y resulta coincidente con el *artículo 9.1 PDM-*.

Finalmente, también cabría poner de relieve otras dos características diferenciadoras. Así, en primer lugar, los conflictos respecto de las *prohibiciones absolutas* resultan excluidas, en cuanto a su resolución, de sometimiento a «arbitraje» en el seno del procedimiento de registro, en tanto que solamente podrán someterse a dicho instituto las *prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 LVM -artículo 28.2 LVM-*. En segun-

II.6.2. *Requisitos constitutivos de la marca*

Con carácter genérico, los requisitos que un signo hubiera de reunir a fin de ser susceptible de recibir la categoría de marca serían la *licitud*, la *capacidad distintiva* y la *disponibilidad*.

De una parte, con respecto a la *licitud*, se ha de manifestar que dicho requisito se halla configurado por una serie de condiciones. En primer lugar, cabría destacar el hecho de que el signo fuere susceptible de representación gráfica -*artículo 4.1 LVM*- y que resultare admisible como marca -*artículo 4.2 LVM*-. En segundo lugar, se exige que el signo no tuviere carácter oficial o resultare ser de interés público, a menos que mediare la debida autorización -*artículo 5.1.i), j) y k) LVM*⁹⁵. En tercer lugar, en el signo ha de

do lugar, la OEPM no podría desestimar de oficio solicitudes de registro en base a *prohibiciones relativas*, excepción hecha de la prevista en el *artículo 9.1.b) LVM*, referente a signos que, para la generalidad del público, identificaren a una persona distinta del solicitante, en tanto que goza de tal potestad en el supuesto de las *prohibiciones absolutas* -*artículos 20, 18.4 y 19 LVM*-.

⁹⁵ En igual sentido, el *artículo 6.ter* -*Marcas: Prohibiciones en cuanto a los emblemas de Estado, signos oficiales de control y emblemas de organizaciones intergubernamentales*. CUP-“1)

a) Los países de la Unión acuerdan rehusar o anular el registro y prohibir, con medidas apropiadas, la utilización, sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marcas de fábrica o de comercio, bien como elementos de las referidas marcas, de los escudos de armas, banderas y otros emblemas de Estado de los países de la Unión, signos y punzones oficiales de control y de garantía adoptados por ellos, así como toda imitación desde el punto de vista heráldico.

b) Las disposiciones que figuran en la letra a) que antecede se aplican igualmente a los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de las organizaciones internacionales intergubernamentales de las cuales uno o varios países de la Unión sean miembros, con excepción de los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones que hayan sido objeto de acuerdos internacionales en vigor destinados a asegurar su protección.

c) Ningún país de la Unión podrá ser obligado a aplicar las disposiciones que figuran en la letra b) que antecede en perjuicio de los titulares de derechos adquiridos de buena fe antes de la entrada en vigor, en ese país, del presente Convenio. Los países de la Unión

no están obligados a aplicar dichas disposiciones cuando la utilización o el registro considerado en la letra a) que antecede no sea de naturaleza tal que haga sugerir, en el espíritu del público, un vínculo entre la organización de que se trate y los escudos de armas, banderas, emblemas, siglas o denominaciones, o si esta utilización o registro no es verosímilmente de naturaleza tal que haga inducir a error al público sobre la existencia de un vínculo entre quien lo utiliza y la organización.

2) La prohibición de los signos y punzones oficiales de control y garantía se aplicará solamente en los casos en que las marcas que los contengan estén destinadas a ser utilizadas sobre mercancías del mismo género o de un género similar.

3)

a) Para la aplicación de estas disposiciones, los países de la Unión acuerdan comunicarse recíprocamente, por mediación de la Oficina Internacional, la lista de los emblemas de Estado, signos y punzones oficiales de control y garantía que desean o desearán colocar, de manera absoluta o dentro de ciertos límites, bajo la protección del presente artículo, así como todas las modificaciones posteriores introducidas en esta lista. Cada país de la Unión pondrá a disposición del público, en tiempo hábil, las listas notificadas.

b) Las disposiciones que figuran en la letra b) del párrafo 1) del presente artículo no son aplicables sino a los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de las organizaciones internacionales intergubernamentales que éstas hayan comunicado a los países de la Unión por medio de la Oficina Internacional.

4) Todo país de la Unión podrá, en un plazo de doce meses a partir de la recepción de la notificación, transmitir por mediación de la Oficina Internacional, al país o a la organización internacional intergubernamental interesada, sus objeciones eventuales.

5) Para las banderas de Estado, las medidas, previstas en el párrafo 1) arriba mencionado se aplicarán solamente a las marcas registradas después del 6 de noviembre de 1925.

6) Para los emblemas de Estado que no sean banderas, para los signos y punzones oficiales de los países de la Unión y para los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de las organizaciones internacionales intergubernamentales, estas disposiciones sólo serán aplicables a las marcas registradas después de los dos meses siguientes a la recepción de la notificación prevista en el párrafo 3) arriba mencionado.

7) En el caso de mala fe, los países tendrán la facultad de hacer anular incluso las marcas registradas antes del 6 de noviembre de 1925 que contengan emblemas de Estado, signos y punzones.

8) Los nacionales de cada país que estuviesen autorizados para usar los emblemas de Estado, signos y punzones de su país, podrán utilizarlos aunque exista semejanza con los de otro país.

9) Los países de la Unión se comprometen a prohibir el uso no autorizado, en el comercio, de los escudos de armas de Estado de los otros países de la Unión, cuando este uso sea de naturaleza tal que induzca a error sobre el origen de los productos.

concurrir la circunstancia de no resultar contrario a la Ley, las buenas costumbres o el orden público –*artículo 5.1.f) LVM*-. Finalmente, el signo no ha de resultar engañoso por su susceptibilidad de inducir a error sobre el producto o servicio distinguido –su naturaleza-, sus características o su procedencia geográfica –*artículo 5.1.g) y h) LVM*-.

De otra parte, en lo atinente a la *capacidad distintiva*, este requisito ha de concurrir durante toda la vida del signo, por cuanto que la marca constituye un signo distintivo en el mercado de los productos o servicios de una empresa respecto de los de otras –*artículo 4.1 LVM*-. Como elementos configuradores de la citada *capacidad distintiva*, se he de tener presente determinados criterios negativos. En primer lugar, no ha de tratarse de un signo genérico, en cuanto que constituya la denominación o la configuración «usual o habitual», según criterios del mercado, del producto o servicio al que se aplicare –*artículo 5.1. d) y e) LVM*-. En segundo lugar, se excluye la posibilidad de que el signo fuere meramente descriptivo o indicador de las características del producto o servicio al que se aplicare –vgr.: composición, calidad, destino, procedencia-, según, asimismo, criterios de mercado –*artículo 5.1.c) LVM*-.

Finalmente, en lo que respecta a la *disponibilidad*, dicho requisito exige, con carácter general, de una parte, que el signo no hubiere sido atribuido previamente o con anterioridad en favor de un competidor para distinguir sus propios productos, servicios o actividades –bien en concepto de marca, nombre comercial o denominación geográfica protegida- y, de otra parte, que no entrase en conflicto con otros derechos anteriores de carácter excluyente, tales como los institutos protectores de invenciones –patentes

10) Las disposiciones que preceden no son óbice para el ejercicio, por los países, de la facultad de rehusar o de invalidar, en conformidad al párrafo 3) de la sección B, del Artículo 6quinquies, las marcas que contengan, sin autorización, escudos de armas, banderas y otros emblemas de Estado, o signos y punzones oficiales adoptados por un país de la Unión, así como los signos distintivos de las organizaciones internacionales intergubernamentales mencionados en el párrafo 1) arriba indicado”.

y modelos de utilidad, denominaciones de obtenciones vegetales— y del diseño —modelos y dibujos industriales—, los derechos de autor, ciertos derechos de la personalidad o las denominaciones de personas jurídicas en las condiciones reguladas por la Ley —*artículos 6 a 9 LVM*—.

II.6.3. *Prohibiciones absolutas*

El régimen y elenco de las prohibiciones absolutas del *artículo 5 LVM* se inspira, en gran parte, en la literalidad de su norma predecesora, esto es, el *artículo 11 LDM*, de la que diverge en mínimas y ocasionales diferencias terminológicas. Asimismo, la nueva normativa presenta como principal característica su convergencia y aproximación con respecto del régimen del *artículo 7 —motivos de denegación absolutos— RMC*. Igualmente, cabe poner de relieve que un mismo signo pudiere incurrir simultáneamente en más de uno de los supuestos que integra la relación de dichas prohibiciones absolutas.

A. SIGNOS CARENTES DE CAPACIDAD DISTINTIVA

Esta prohibición comprende, en primer lugar, a los signos que no pudieren alcanzar la citada capacidad distintiva, de acuerdo con la caracterización legal de la marca *ex artículo 4.1 LVM —artículo 5.1.a) y b) LVM*; esto es, un signo que careciere de fuerza distintiva para singularizar productos o servicios en el mercado o bien que careciere de susceptibilidad de representación gráfica⁹⁶. Asimismo, en el ámbito de la citada prohibición se hallan los signos que carecen de capacidad, fuerza o «carácter» distintivo de la clase de productos o servicios sobre los que recayere —*artículo 5.1.b) LVM*⁹⁷. Ahora bien, dado que la «capacidad distintiva» constituye un *requisito sine qua non* de la función primordial de la marca, la cual ha de *servir o ser apropiada —artículos 4.1 LVM y 2 PDM*, respectivamente—para distinguir en el mercado los productos, servicios o actividades de una empresa de los de las otras, consideramos que la pro-

⁹⁶ El citado tenor resulta coincidente con el del *artículo 2 PDM*.

⁹⁷ Este precepto recoge la misma terminología del *artículo 3.1.b) PDM*.

hibición del *artículo 5.1.b)* LVM puede ser catalogada como innecesaria, puesto que se hallaría subsumida en el tipo legal más amplio del *artículo 5.1.a)* LVM, toda vez que éste comprende a los signos que no pudieren constituir marca por no ser conformes al *artículo 4.1* LVM⁹⁸.

En este orden de cosas, se ha de manifestar que la «capacidad distintiva» de un signo constituye un juicio que ha de realizarse en atención a la configuración de dicho signo con respecto de los productos o servicios que pretendiere distinguir. Ello no obstante, también puede procederse en determinados supuestos particulares a realizar un juicio abstracto o *a priori* sobre la fuerza distintiva *intrínseca* del signo, con independencia de los productos o servicios que pretendiere distinguir.

Ahora bien, el análisis o examen precisos para determinar el requisito de la «capacidad distintiva» exige la verificación de ciertas *pautas básicas* –Resolución de la Primera Sala de Recurso OAMI, de 27 de Mayo de 1998; Asunto R 20/97-1, Caso XTRA-. A tal respecto, y sin perjuicio de la concurrencia de otras que pudieren coadyuvar a la citada determinación, cabría poner de relieve las siguientes. En primer lugar, la impresión general ofrecida por el signo, sin aislar, separar o enfatizar determinados elementos de su composición. En segundo lugar, la naturaleza de los productos o servicios a cuya distinción tuviere como finalidad el signo en cuestión. En tercer lugar, el grado en el que el signo cumpliera su función indicadora del origen del producto, servicio o actividad; función esta que con suma dificultad pudiere cumplir un signo que fuere o bien excesivamente simple o complejo o de carácter ornamental⁹⁹.

A.1. *Signos compuestos exclusivamente por indicaciones o signos genéricos*

El signo «genérico» –*artículo 5.1.c)* LVM– relativo a los productos o servicios que la marca pretendiere distinguir carece, *per se*, de cualquier

⁹⁸ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1194.

⁹⁹ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado de Derecho de Marcas*, Madrid, 2001, págs. 128 y ss.

carácter distintivo –*artículo 5.1.b) LVM*–, por cuanto que resulta *indicativo* del género del producto o servicio y *no distintivo* del producto o servicio de una empresa respecto del mismo o similar producto o servicio puesto en el mercado por otra empresa. Asimismo, la prohibición deriva de una sólida razón de orden concurrencial, como es la de que el signo genérico resulta absolutamente necesario¹⁰⁰.

En este sentido, resultan genéricos los signos que *semántica o gráficamente* identifiquen al género al que perteneciere el producto o servicio a distinguir con la marca, así como sus especies¹⁰¹.

¹⁰⁰ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1195: “No puede ser objeto de atribución exclusiva o monopolio a favor de nadie ya que rige sobre el mismo el principio concurrencial de libre disponibilidad por tratarse de un elemento esencial o necesario en el tráfico económico en función de la identificación del producto o servicio a favor de todos aquéllos que compiten en el mismo sector del mercado”.

¹⁰¹ En dicho supuesto cabría ubicar las denominaciones «yogur», «renting» o «vino».

Vide, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1195. FUENTE GARCÍA, Elena de La: *Las marcas*, en “Propiedad Industrial. Teoría y práctica”, VV.AA., Madrid, 2001, pág. 129. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 125. MASSAGUER FUENTES, José: *Marca*, en “Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III”, Madrid, 1995, pág. 4174.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 12 de Noviembre de 1993 –R. Ar.: 8762–: “Es lo cierto que, independientemente de que, en el tráfico comercial, no consta que la denominación «espetec» se haya utilizado para distinguir sus productos por otros industriales –salvo el período en que lo fue por la demandante «Criven SA»–, dicho vocablo catalán tiene un carácter genérico al designar, en una de sus acepciones «botifarra que no es cou, sinó que la deixen assecar i després se la mengem», así como «espetegall» es denominación de «botifarra de carn bona, crua, seca, de budell estret i prim amb forma de nansa» (Diccionari Català-Valencià-Balear de Francesc de B. Moll), pudiendo afirmarse que «espetec» remite a una clase de productos cárnicos elaborados con carne de cerdo, mezclada o no con otras, cuya característica sería que se deja secar antes de ser consumida, de donde se sigue que la Sala aplicó rectamente el precepto estatutario citado, pues «espetec» no es un nombre original para designar los productos del recurrente, don José T. A., sino que se refiere a una clase general de «botifarra» y por sí sola la identifica con tal carácter, habiendo sido utilizada, al menos, en algunas comarcas catalanas con referencia directa al producto ya descrito, por lo que al admitirse como marca para el comercializado por el recurrente, éste utilizaría exclusivamente una deno-

Ahora bien, la prohibición de registro del signo genérico tan solo se limita a los supuestos en los que los signos se hallaren compuestos *exclusivamente* por tal naturaleza de signos. Consiguientemente, resulta perfectamente regular y lícito el registro de una conjunción o combinación de uno o más signos de tal naturaleza o de otra, siempre que el conjunto resultante gozare intrínsecamente de fuerza distintiva –*artículo 5.3 LVM*–. Igualmente, resulta admisible el uso de un signo que fuere genérico en lo que respectare a su significado semántico o, incluso, gráfico, en tanto que el mismo se empleare para la distinción de productos o servicios *no pertenecientes* al género o especie propia de los productos o servicios que semántica o gráficamente designare, alcanzando, de tal modo, un significado o carácter de fantasía¹⁰².

De otra parte, se ha de poner de relieve que la prohibición de un signo genérico comprende en su seno las denominaciones genéricas, tanto en lengua española como en cualesquiera de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas –«Patxarana», «Amanida»–, así como las denominaciones pertenecientes a alguna lengua romance –«Petit suisse»–. Ahora bien, del mismo modo quedan comprendidas en la citada prohibición las expresiones genéricas en otros idiomas en el supuesto de que el significado de la denominación pudiere reputarse conocido para el adquirente o usua-

minación general introduciendo en el mercado un alto nivel de confusión y privando a los demás industriales de identificar sus productos con un término general, todo lo cual fue apreciado por la Audiencia y es conforme a la doctrina jurisprudencial declarada, entre otras, en la S. 28-11-1986 (RJ 1986\6382), expresiva de que «en relación con la genericidad de las marcas, el artículo 124.5 del Estatuto de la Propiedad Industrial veda el acceso al Registro de las denominaciones genéricas, ya que, en un aspecto, se trata de elementos de uso común, pertenecientes al dominio público, no apropiables en exclusiva por nadie, mientras que, desde otra perspectiva, esa misma utilización colectiva y continua degrada su fuerza expresiva hasta privarlas de la función identificadora que les es propia», y en la dictada con fecha 2-12-1989 (RJ 1989\8792), de donde se sigue el periclitamiento del motivo”. [*Fundamento de Derecho Tercero*].

¹⁰² ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1196. Tal sería, por ejemplo, el caso de la marca «caramelo» empleado para distinguir prendas de vestir.

rio normalmente informado del concreto producto o servicio en cuestión –vgr.: «renting»–. Asimismo, merecen especial mención las lenguas de los Estado Miembros de la Unión Europea, respecto de las cuales habría de extenderse, igualmente, la prohibición, en virtud de libre circulación de mercancías y servicios, ya que tal principio consagra la libre disponibilidad de los signos genéricos en favor de cualquier operador que, establecido en cualquiera de los Estados Miembros, comercializare sus productos u ofertare sus servicios en el ámbito de la Unión¹⁰³.

A.2. *Signos habituales y signos vulgarizados*

Los signos que se compusieron *exclusivamente* de signos o indicaciones que se hubieren convertido en habituales para designar los productos o servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio, tampoco podrán ser objeto de registro –*artículo 5.1.d) LVM*–.

Ahora bien, el carácter «habitual» del signo puede concurrir *ab initio* o bien puede verificarse de un modo derivativo o sobrevenido como consecuencia de su uso según las costumbres del mercado, unido todo ello a circunstancias como la ausencia de una actividad idónea por parte de su titular para eludirlo; supuesto este en el que se suele designar con el término «vulgarizado». Este segundo caso es el que recoge la nueva normativa como causa de caducidad y, por consiguiente, de cancelación del registro –*artículo 55.1.d) LVM*–, por cuanto que el signo se hubiere convertido en el comercio, por la actividad o inactividad de su titular, en la «designación usual» de un producto o de un servicio para el que estuviere registrado.

Como se ha enfatizado anteriormente, la presente prohibición se contare a los signos que se compusieron *exclusivamente* por signos o indicaciones que se hubieren convertido en «habituales». Sin embargo, la citada «habitualidad» ha de ser cohonestada con el criterio relativo al *lenguaje común y/o al de las costumbres leales y constantes del comercio* –«tirantes», «ter-

¹⁰³ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1196. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 126.

mo», «celofán»¹⁰⁴. No obstante, al igual que en la prohibición de los signos genéricos, el requisito *sine qua non* para que opere la citada prohibición es el hecho de que el elemento habitual y/o vulgarizado entrañe la composición *exclusiva* del signo, con lo cual, en el supuesto de incorporar otros elementos al habitual y /o vulgarizado, desaparecería el tipo legal prohibitivo, por cuanto que el conjunto resultante alcanzaría la requerida capacidad distintiva.

En este orden de cosas, resulta imprescindible llevar a cabo un mínimo análisis del elemento corrector incorporado al presente supuesto de prohibición. De acuerdo con ello, el examen de la circunstancia de la «habitualidad» o de la «vulgarización» ha de realizarse con arreglo al *lenguaje común* –y, consiguientemente, no de acuerdo con el significado del diccionario de la Real Academia de la Lengua ni tampoco según otros criterios de *auctoritas*– y/o las costumbres *leales y constantes del comercio*. Así, en lo que respecta a la «lealtad», ésta ha de ser analizada de acuerdo con los parámetros propios del acto concurrencial, esto es, como acto de mercado con finalidad concurrencial y acorde con la buena fe en sentido objetivo –*artículos 1 a 5 de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal [LCD]*–. De otra parte, la circunstancia de la «constancia» presupone permanencia o arraigo en el uso del signo, en cuanto medio habitual en el sector profesional o de mercado en cuestión para designar una clase específica de producto o servicio. Todo ello implica la posibilidad del titular del signo de evitar posibles vulgarizaciones de signos registrados a través de la adopción de las correspondientes prácticas de marketing encaminadas a impedir dicho efecto¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1197.

¹⁰⁵ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1197 y ss. CASADO CERVIÑO, ALBERTO: *El sistema comunitario de marcas. (Normas, jurisprudencia y práctica)*, Valladolid, 2001, págs. 131 y ss.

Como ejemplo de eludir el riesgo de vulgarización, cabría citar el caso de una marca identificativa de yogur, llevando a cabo una campaña publicitaria que tendiere a enfatizar la denominación genérica del producto –«yogur»– y su signo distintivo.

Ahora bien, la «habitualidad» también cabe ser circunscrita a determinados ámbitos profesionales, por cuanto que se ha de poner en relación con los productos o servicios que distingue y éstos pueden hallarse reservados a determinadas esferas de actuación profesional¹⁰⁶.

Igualmente, cabe subrayar que la OAMI ha denegado el registro del término «Supreme» por cuanto que, a su juicio, cabría ser incardinado en el presente supuesto de prohibición [Resolución de la Tercera Sala de Recurso, de 28 de Julio de 1998; Asunto R 44/98-3]. Del mismo modo, y en base a idéntico argumento, ha denegado el registro de los colores «verde claro» y «amarillo» [Resolución de la Tercera Sala de Recurso, de 3 de Julio de 2002; Asunto R 194/2000-3], dado que los conceptúa como habituales o vulgarizados en función de su libre disposición como habituales o usuales en el comercio en general.
¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 5 de Marzo de 2003 –*Alcon Inc. V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-237/01*–:

“Según el Tribunal de Justicia, el artículo 3, apartado 1, letra d), de la Directiva 89/104 debe interpretarse en el sentido de que sólo se opone al registro de una marca cuando los signos o las indicaciones que constituyen sus únicos componentes se han convertido en habituales en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio para designar los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca (sentencia *Merz & Krell*, antes citada, apartado 31). Así, procede destacar que el carácter habitual de una marca sólo puede apreciarse, por un lado, en relación con los productos o los servicios que llevan la marca, aunque la disposición controvertida no se refiera expresamente a ellos, y, por otro lado, en relación con la percepción que de ella tenga el público al que se dirigen los productos”. –*Fundamento de Derecho 37*–.

“En el presente caso, procede observar que la marca controvertida se había registrado para «productos farmacéuticos oftálmicos; soluciones estériles para cirugía oftálmica» y que, en consecuencia, el carácter habitual del vocablo «BSS» debe analizarse en relación con estos productos”. –*Fundamento de Derecho 41*–.

“Dado el destino de los productos que llevan la marca controvertida, el público al que se dirigen es un público especialista en materia médica, en concreto, oftalmólogos y cirujanos oftálmicos. Por otra parte, teniendo en cuenta los conocimientos que tienen los médicos y farmacéuticos de la Unión Europea sobre los términos científicos en inglés, que es el idioma técnico en este ámbito, cabe considerar público pertinente a los oftalmólogos y a los cirujanos oftálmicos de toda la Unión Europea”. –*Fundamento de Derecho 42*–.

“Las pruebas presentadas por la parte coadyuvante ante la Oficina relativas al carácter habitual del vocablo «BSS» para el público especialista en oftalmología acreditan que este vocablo se ha convertido en la denominación genérica normal de una solución salina

A.3. Signos compuestos exclusivamente por elementos o signos actual o potencialmente descriptivos

El presente tipo lo configurarían, con carácter general, los signos que sirvieran o pudieran servir en el comercio para designar las propiedades o características de los productos o servicios. Ahora bien, de un modo particular o específico, se hallarían incluidos en dicho tipo los referentes a la *especie* –«helado de fresa»–, la *calidad* –«supremo», «excelente», «blanco», «light», «sin plomo», la *cantidad* –«docena», «kilo», «mega», «giga»–, el *destino* –«after shave», «after sun», «programa informático para PC»–, el *valor* –«original», «auténtico»–, la *procedencia geográfica* –denominaciones de regiones, comarcas u otros lugares geográficos con aptitud, actual o potencial, de constituir indicación sobre la procedencia¹⁰⁷–, la *época de obtención del producto o de la prestación del servicio* –meses o estaciones– –*artículo 5.1.c) LVM y artículo 7.1.c) RMC*–¹⁰⁸. Ahora bien, otra de las virtualidades del presente tipo prohibitivo consiste en que el mismo, acogiendo la previsión de los *artículo 3.1.c) PDM y 7.1.c) RMC*, ha incorporado en el seno de la prohibición a los signos «potencialmente» descriptivos –“que puedan servir”–.

La razón de la prohibición del signo descriptivo reside en que carece de capacidad distintiva en virtud de su «función», ya que ésta no consiste en distinguir e indicar el origen empresarial de los productos o servicios, sino

equilibrada (Balanced Salt Solution). En efecto, procede observar que los diccionarios de química, medicina y farmacia, así como los artículos científicos presentados por la parte coadyuvante prueban que la comunidad científica del sector considera el vocablo «BSS» como un término genérico”. –*Fundamento de Derecho 43*–.

¹⁰⁷ A este respecto, cabe destacar que la OAMI ha denegado la marca «Zurich» [Decisión N.º.889/2003, de 22 de Abril de 2003] para servicios de seguros, en tanto que ha aprobado las marcas «Cambridge» [Decisión N.º.77/2001, de 19 de Enero de 2001] para libros y «Casablanca» para tabaco.

¹⁰⁸ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1198 y ss. AREAN LALIN, Manuel: *La aptitud de una denominación para convertirse en marca*, en “Actas de Derecho Industrial. N.º 5”, Madrid, 1978, pág. 477.

en proporcionar información al mercado en general sobre ciertas propiedades o características de los productos o servicios de determinado género o especie¹⁰⁹. Ahora bien, el hecho de que un signo no posea carácter descriptivo no presupone automáticamente que tuviere carácter distintivo¹¹⁰.

De otra parte, resulta preciso destacar que la prohibición resulta aplicable también, al igual que en el supuesto de la prohibición de los signos genéri-

¹⁰⁹ En base a ello, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1199, opina que “esta clase de signo ha de quedar en el ámbito de la libre disponibilidad a favor de los operadores del sector como principio básico del orden concurrencial. Consecuentemente, esta prohibición pretende asegurar la libre disponibilidad de tal clase de términos o expresiones a favor de empresarios y consumidores en general (pues el signo descriptivo también actúa en función del derecho de información de éstos) y, por tanto, impedir la obtención de posiciones de monopolio potencialmente perpetuos sobre términos o expresiones con función identificativa, en términos de mercado, de propiedades o características de los productos o servicios según su clase o naturaleza”.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 9 de Octubre de 2002 –*Dart Industries Inc. V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos)* (OAMI); *Asunto T-360/00*:-

“Por último, procede añadir que el hecho de que un signo no tenga carácter descriptivo no implica automáticamente que tenga carácter distintivo. En efecto, este carácter puede faltar asimismo si el público a quien se dirige no puede percibir en ese signo una indicación sobre el origen comercial de los productos (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer de 31 de enero de 2002 en el asunto *Koninklijke KPN Nederland, C-363/99*, pendiente ante el Tribunal de Justicia, punto 44, y la sentencia *EuroHealth*, antes citada, apartado 48). Es necesario, pues, examinar el motivo basado en la infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94”. –*Fundamento de Derecho 30*–.

“El carácter distintivo de un signo sólo puede ser apreciado, por un lado, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro y, por otro lado, en relación con la forma en que lo percibe el público relevante”. –*Fundamento de Derecho 43*–.

“En el presente caso, la Sala de Recurso dedujo la falta de carácter distintivo del vocablo *UltraPlus* de la constatación del carácter elogioso de los términos de la combinación y de la falta de elementos adicionales que permitieran calificarlo como de fantasía, inusual o llamativo. Además, la Sala estimó que, en la medida en que percibía ese vocablo como la expresión de una reivindicación expresa del fabricante relativa a la calidad de sus productos, el consumidor no podía ver un signo distintivo de su origen”. –*Fundamento de Derecho 44*–.

cos, a las *expresiones en idiomas extranjeros*¹¹¹. Finalmente, habría que poner de relieve, asimismo, que el signo descriptivo pudiese ganar o alcanzar capacidad

¹¹¹ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1199. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 133.

Así, cabría destacar que la OAMI ha denegado el registro, por descriptivo, del signo «Telepaella» [Resolución de la Primera Sala de Recurso, de 16 de Junio de 1998; Asunto R 54/1998-1], aplicado a la distinción de platos preparados, al igual que el signo «Companyline» para distinguir la prestación de servicios por vía telemática en favor de empresas [Resolución de la Sala Primera de Recurso, de 18 de Noviembre de 1998; Asunto R 72/1998-1 / Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 12 de Enero de 2000; Asunto T-19/99].

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), de 27 de Noviembre de 2000 [R. Ar.: 32628-2001], ha denegado el registro del signo «Bio» como clase de yogur por ser meramente descriptivo. En cambio, las Audiencias Provinciales de Bizkaia y Asturias mantienen otro criterio. Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Cuarta), de 8 de Junio de 2000 [R. Ar.: 1247]: «...en cuanto a la pretendida nulidad de la marca Bio al amparo de la letra a) del mismo extremo y precepto por su carácter genérico, se ha de señalar que, tanto el aludido precepto de la vigente Ley de Marcas como el antiguo número 5 del artículo 124 del Estatuto de Propiedad Industrial (RCL 1930\759 y NDL 25009) no definen lo que se entiende por denominación genérica; sin embargo, ambas normas contienen la pauta para determinar si una denominación es o no genérica: hay que poner en relación la denominación o marca con los productos o servicios que se pretenden distinguir con la misma, lo que significa que una denominación no es genérica de por sí, sino que lo puede ser para determinados productos o servicios, pero no para otros, no pudiendo confundirse denominación genérica con denominación vulgar, y así lo ha dicho la Sentencia de 28 noviembre 1988 (RJ 1988\8719); el término Bio es genérico de por sí al ser sinónimo o equivalente al término Vida, por lo que puede ser utilizado por cualquiera; pero no lo era en relación al concreto producto que dicha marca designa, «leche fermentada con bífidos activo» en el momento de su registro, ya que no tenía la capacidad de individualizarlo en el conocimiento público; es interesante, a este respecto, la sentencia del TS de fecha 12-11-1993 (RJ 1993\8762) sobre la marca «Spetec» (butifarra en catalán), cuya doctrina se ha de aplicar aquí «sensu contrario», así como, en los mismos términos, la S. 2-12-1989 (RJ 1989\8792) que en aquélla se cita referida a la conocida marca «Petit Suisse»». – *Fundamento de Derecho Sexto*-. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta), de 9 de Julio de 2001 [R. Ar.: 1737]: «Las demandadas y apelantes admitieron en el acto de la vista la existencia de similitudes entre los envases, pero basaron su tesis defensiva en que el término BIO era de carácter genérico y no de uso exclusivo de la actora; conclusión que no cabe compartir, como ya señaló la citada Sentencia de esta Sala

distintiva en el supuesto de que se incluyere en un conjunto que gozare de intrínseca fuerza distintiva –«Caixa Galicia», «El Periódico de Catalunya»–.

A.4. *Adquisición derivativa o sobrevenida de capacidad distintiva por parte de signos habituales y/o descriptivos* –«secondary meaning».

Los supuestos de prohibición de registro de los signos carentes de carácter distintivo –*artículo 5.1.b) LVM*–, de los signos descriptivos –*artículo 5.1.c) LVM*– y de los signos habituales –*artículo 5.1.d) LVM*– podrán decaer en el supuesto de que quedare acreditado que tales signos hubieren adquirido, para con los productos o servicios para los cuales se solicitare su registro, capacidad distintiva *sobrevenida o derivativa* como consecuencia del uso que se hubiere hecho de los mismos –«secondary meaning»– –*artículo 5.2 LVM, artículo 3.3 PDM y artículo 7.3 RMC*¹¹²–, extinguiéndose, igualmente y por consiguiente, la correspondiente acción de nulidad –*artículo 51.3, in fine, LVM*–. En este sentido, se ha de constatar que el supuesto de hecho del *artículo 5.2 LVM* presenta una notoria novedad con respecto del

y la de la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de 22 de julio de 1999, pues si bien el prefijo BIO forma parte integrante de diversas palabras, tales como biología, bioquímica, biosfera, bioética u otras semejantes, en el contexto concreto del presente litigio, tal como fueron registradas las marcas de Danone, SA, el término BIO es elemento sustancial identificativo del producto, leche desnatada con bifidus activo, que se distribuye y vende bajo tal denominación, que por ello debe considerarse como una marca registrada que distingue en el mercado a un producto industrial; sin que esta conclusión se vea desvirtuada por el tenor de diversas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, entre las que cabe citar entre las más recientes las de 10 de abril (RJ 2001\4539) y 23 de mayo del corriente año (RJ 2001\4079), citadas por la parte recurrente, que se inclinaron por considerar el término BIO como genérico, tanto porque tal criterio no vincula a este orden jurisdiccional civil, como porque se ha producido en interpretación del artículo 124 número 5 del Estatuto de la Propiedad Industrial (RCL 1930\759 y NDL 25009), actualmente derogado”. –*Fundamento de Derecho Tercero*–.

¹¹² *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1200 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1437 y ss. GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio: *Fuerza distintiva y secondary meaning en el Derecho de los signos distintivos*, en “Estudios sobre Marcas”, coordinado por NAVARRO CHINCHILLA, José Justo & VÁZQUEZ GARCÍA, Ramón J., Granada, 1995, págs. 345 y ss./ y en “Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 16”, Madrid, 1995, págs. 175 y ss.

artículo 11.2 LDM, por cuanto que el nuevo precepto aumenta el elenco de los tipos prohibitivos absolutos que pueden incluirse en su seno, en tanto que el precepto derogado solamente contemplaba tal hipótesis para el supuesto de los signos descriptivos –*artículo 11.1.c) LDM*–.

En este orden de cosas, se ha de poner de manifiesto que la carga de la prueba de la adquisición derivativa o sobrevenida del carácter distintivo por parte de un signo originariamente incurso en las citadas clases de prohibición absoluta corresponde a quien tuviere interés en defender u obtener su registro y, simultáneamente, fuere solicitante de buena fe del mismo, bien porque hubiere sido el su usuario habitual o bien porque hubiere adquirido tal derecho al registro de un modo legítimo.

Ahora bien, la acreditación del reconocimiento de la capacidad distintiva sobrevenida de un signo originariamente sometido a los mencionados supuestos de prohibición exige el análisis de diferentes requisitos, los cuales responden, fundamentalmente, a una elaboración doctrinal¹¹³ –si bien con refrendo jurisprudencial, tal y como cabe reseñar, principalmente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de Mayo de 1999¹¹⁴– y, circunstancialmente, resultan, asimismo, recogidos como preceptivos a fin de determinar la verificación del carácter «notorio» de un signo –*artículo 8.2 LVM*–. Así, en primer lugar, habría que atender al nivel de uso previo y habitual del signo. En segundo lugar, se contemplaría la cuota de mercado alcanzada por los productos o servicios distinguidos por el signo. En tercer lugar, las inversiones –tanto financieras como extrafinancieras– llevadas a cabo por el titular del signo cuyo registro se solicitare. En cuarto lugar, la proporción de los sectores interesados que identificaren el producto atribuyéndole procedencia

¹¹³ *Vide*, a este respecto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob.cit.*, pág. 156. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, págs. 145 y ss.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de Mayo de 1999 –*Windsufing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) V. Boots- und Segelzubehör Walter Huber & Franz Attenberger; Asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97*–.

empresarial merced al signo en cuestión. En quinto lugar, la extensión geográfica de su uso y, finalmente, la reputación o prestigio alcanzado por los productos o servicios distinguidos¹¹⁵.

A.5. *Signos excesivamente simples o complejos*

Un subtipo que podría ubicarse en el supuesto de prohibición absoluta de signos carentes de carácter distintivo sería el configurado por los signos *excesivamente simples*, tales como los conformados exclusivamente por una o varias letras o cifras, o bien por figuras simples como círculos, cuadrados o configuraciones de rudimentaria de simpleza¹¹⁶. Ahora

¹¹⁵ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, Ob. cit., pág.1201: “El *secondary meaning* relativiza de este modo el fundamento general en el orden público de esta prohibición, para pasar a amparar la posición competitiva adquirida por el sujeto titular del signo en cuestión”.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 5 de Marzo de 2003 – *Alcon Inc. V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-237/01-*:

“Es preciso considerar que la cuestión de si un vocablo, habitual en el lenguaje común o en las costumbres leales del comercio, ha adquirido carácter distintivo por el uso depende, en particular, de la percepción que tiene de él el público al que se dirigen los productos, ya sea como nombre genérico del producto de que se trata, ya sea como signo distintivo de una empresa determinada. En consecuencia, los esfuerzos del titular deben tomarse en consideración en la medida en que producen resultados objetivos en la forma en que el público pertinente percibe el término de que se trata”. –*Fundamento de Derecho 55-*.

“En efecto, el hecho de que la demandante haya emprendido iniciativas para garantizar el mantenimiento del carácter distintivo de la marca controvertida no es suficiente para acreditar que dicha marca ha adquirido carácter distintivo por el uso en relación con los productos para los que se solicitó el registro, salvo en el caso de que estas medidas hayan supuesto que el público al que se dirigen tome conciencia del hecho de que el vocablo «BSS» constituye una marca. En este sentido, es preciso señalar que la «lista de control BSS» constituye únicamente un indicio de la intención de la demandante de evitar que sus competidoras usen la marca BSS, pero no prueba que el público al que se dirigen los productos perciba el vocablo «BSS» como una marca y, por tanto, no acredita que el vocablo «BSS» haya dejado de ser una denominación habitual en el ámbito oftalmológico”. –*Fundamento de Derecho 57-*.

¹¹⁶ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, Ob. cit., págs. 1201 y ss.

bien, ello no obstante, se ha de destacar que ha sido admitido el registro de combinaciones de letras «IX», «HD», «HG», «HQ» y «HP», así como de cierto gráfico¹¹⁷.

De igual modo, el «eslogan» puede carecer de capacidad distintiva en el supuesto de que resultare excesivamente *largo y complejo*¹¹⁸. Ello no obstante, la OAMI ha admitido el registro de «eslóganes» como “*la belleza no es para mirarla sino para gozarla*”, para distinguir cosméticos; “*piensa en el futuro cuando aún estás a tiempo*”, para hacer referencia a planes de pensiones; “*just do it*” o “*no sueñes, conduce*”, para el automóvil Jaguar. Sin embargo, el Tribunal Supremo no admitió el registro del «eslogan» “*Cafés a la crema Marcilla nuevo sistema de tueste gran aroma*”¹¹⁹.

¹¹⁷ Vide Sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de Septiembre de 1999 (Sala de lo Civil) –R. Ar.: 6604–; 6 de Mayo de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) –R. Ar.: 8508–; 14 de Junio de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) –R. Ar.: 5393– y 11 de Diciembre de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera).–R. Ar.: 10844–.

¹¹⁸ Vide MASSAGUER FUENTES, José: *Marca...*, Ob. cit., pág. 4172.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 18 de Julio de 1989 –R. Ar.: 5960–: “La sentencia de instancia al desestimar el recurso, acoge la tesis de la administración y mantiene en consecuencia los actos impugnados, por entender en síntesis que la genericidad de la frase publicitaria necesitada de utilizar vocablos de uso común, no impide que al combinarse con el elemento distintivo básico, goce en su conjunto de un valor unitario sobre el que recae el derecho exclusivo de uso. Es sin embargo este carácter unitario del conjunto, el que supone un obstáculo a la inscripción en este caso, pues definido el concepto de marca en el artículo 118 del Estatuto de la Propiedad Industrial (RCL 1930\759 y NDL 25009), como todo signo o medio material que sirve para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio o el trabajo, sólo gozaría de este carácter la denominación adoptada para el café a la crema Marcilla, pero no el lema genérico añadido, verdadero slogan publicitario que sugiere como peculiaridad exclusiva de esta marca, el nuevo sistema de tueste y el gran aroma logrado por el mismo, pretendiendo apropiarse de la proclamación en exclusiva de unas cualidades que son comunes a otros productos de la misma naturaleza y como el carácter unitario de la marca, obliga a rechazarla o aceptarla en su integridad, al no poderse segregar los particulares no inscribibles, resulta procedente denegar la inscripción”. –*Fundamento de Derecho Unico*–.

A.6. Motivos aplicados a la superficie de los productos

Un supuesto específico de signo resulta el de los motivos aplicados a la superficie de los productos, que, pueden presentar varias funciones –técnicas, decorativas–, con independencia de la propia del signo distintivo. Estos pueden constituir una marca en la medida en que fueren adecuados para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra. Ahora bien, dicha aptitud genérica distintiva no presupone, en cambio, un carácter distintivo con respecto de un producto o servicio determinado.

Asimismo, este supuesto presenta una peculiaridad propia, por cuanto que el signo no resulta independiente del aspecto de los productos que designa, sino que se confunde con el aspecto exterior del producto mismo, por lo que la percepción del público pertinente con respecto de la facultad distintiva del signo decrece considerablemente.

Pues bien, en función de ello se considera que la mera impresión que produce el aspecto exterior de un producto no puede admitirse como signo distintivo, máxime cuando dicha impresión no resulta estable¹²⁰.

B. SIGNOS CARENTES DE SUSCEPTIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA

Este supuesto de hecho de prohibición absoluta halla su encaje en el tipo del artículo 5.1.a) LVM, que comprende a los signos que no pudieran constituir marca por no ser conformes con su mismo concepto legal en virtud del artículo 4.1 LVM¹²¹.

Ahora bien, la cuestión primordial de la citada prohibición reside en determinar el sentido y alcance del requisito de *susceptibilidad de representación gráfica*. A tal respecto, habría que manifestar que la característica más relevante de la presente prohibición reside en su carácter estrictamente aséptico o

¹²⁰ *Vide*, a este respecto, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 9 de Octubre de 2002 –*Glaverbel V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), Asunto T-36/01*–.

¹²¹ En igual sentido, artículo 7 RMC.

neutro, por cuanto que versa sobre el signo en sí mismo considerado, es decir, desvinculándose de los productos o servicios a cuya distinción se tratare de aplicar y otorgando exclusiva a sus condiciones *per se* o intrínsecas para ser claramente percibido y diferenciado sensorialmente. Consiguientemente, la presente prohibición requiere que todo signo haya de ser de un modo diáfano identificable *per se* y que haya de tener aptitud propia suficiente para ser distinguido de los demás, en función de su clase y naturaleza.

Por otra parte, el requisito de *susceptibilidad de representación gráfica* del signo halla su fundamento y exigencia en la necesidad de su examen, publicación oficial de su solicitud y, acaso, concesión¹²², así como en la necesidad de certeza en las condiciones de su uso y configuración, una vez que resultare concedido y registrado. Consiguientemente, podría considerarse que la citada prohibición de registro actúa en función de la adecuada protección de los intereses generales, así como de los intereses de terceros titulares de derechos anteriores eventualmente incompatibles con el nuevo signo¹²³.

B. 1. El registro del color por sí solo

En primer lugar, cabe poner de relieve que la prohibición de registro del «color por sí solo» que contemplaba el artículo 11.1.g) LDM ha desaparecido en la nueva regulación debido, fundamentalmente, a la incidencia del artículo 3 PDM y de la práctica jurisprudencial, tanto de la OAMI¹²⁴ como del Tribunal de Justicia¹²⁵, que lo han admitido.

¹²² Vide, a este respecto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob.cit.*, pág. 122. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 124.

¹²³ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1203.

¹²⁴ No obstante, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1204, se muestra en contra de la desaparición de la mencionada prohibición, por cuanto que entiende que cabe sostener “fundadas objeciones sobre su carencia de fuerza distintiva, por un lado” y sobre “la considerable ventaja competitiva que puede ser conferida a favor del titular de tal clase de marca, aspecto este de discutible legitimidad en el ámbito de un sistema de economía abierta y libre competencia, por otro”.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de Mayo de 2003 –*Libertel Groep BV V. Benelux-Merkenbureau, Asunto C-104/01*–[Cuestión prejudicial]:

“A este respecto, procede señalar que no cabe presumir que un color por sí solo constituya un signo. Normalmente un color es una simple propiedad de las cosas. No obstante, puede constituir un signo. Ello depende del contexto en que se utilice el color. En cualquier caso, cabe la posibilidad de que un color por sí solo constituya un signo, en relación con un producto o un servicio”. –*Fundamento de Derecho 27-*.

“En particular, una muestra de un color puede alterarse con el tiempo. No cabe descartar que determinados soportes permitan registrar un color de manera inalterable. No obstante, otros soportes, en particular el papel, no permiten proteger los tonos del color frente al deterioro del tiempo. En tal caso, el depósito de una muestra de un color no tendría el carácter duradero requerido por el artículo 2 de la Directiva (véase la sentencia Sieckmann, antes citada, apartado 53)”. –*Fundamento de Derecho 32-*.

“De ello se desprende que el depósito de una muestra de un color no constituye en sí mismo una representación gráfica a efectos del artículo 2 de la Directiva”. –*Fundamento de Derecho 33-*.

“En cambio, la descripción verbal de un color, en la medida en que está formada por palabras compuestas a su vez de caracteres, constituye una representación gráfica de éste (véase, en este sentido, la sentencia Sieckmann, antes citada, apartado 70)”. –*Fundamento de Derecho 34-*.

“Una descripción verbal del color no cumple necesariamente en todos los supuestos los requisitos mencionados en los apartados 28 y 29 de la presente sentencia. Esta cuestión debe apreciarse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto”. –*Fundamento de Derecho 35-*.

“Por tanto, la asociación de una muestra de un color y de una descripción verbal de éste puede constituir una representación gráfica en el sentido del artículo 2 de la Directiva, siempre que la descripción sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible y objetiva”. –*Fundamento de Derecho 36-*.

“Por las mismas razones expuestas en el apartado 34 de la presente sentencia, puede considerarse que la designación de un color por medio de un código de identificación internacionalmente reconocido constituye una representación gráfica. Tales códigos se suponen precisos y estables”. –*Fundamento de Derecho 37-*.

“Si una muestra de un color, acompañada de una descripción verbal, no cumple los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Directiva para constituir una representación gráfica, en particular por falta de precisión o carácter duradero, esta carencia puede, en su caso, ser subsanada mediante la adición de una designación del color a través de un código de identificación internacionalmente reconocido”. –*Fundamento de Derecho 38-*.

“Por lo que respecta a si un color por sí solo es apropiado para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras, en el sentido del artículo 2 de la Directiva, es necesario examinar si los colores por sí solos pueden o no transmitir una información

precisa, especialmente en lo que atañe al origen de una mercancía o de un servicio”. – *Fundamento de Derecho 39-*.

“A este respecto, es preciso recordar que, si bien los colores son apropiados para transmitir determinadas asociaciones de ideas y para suscitar sentimientos, en cambio, por su propia naturaleza, resultan poco adecuados para comunicar información precisa. Tanto menos cuanto que se emplean ampliamente y de forma habitual en la publicidad y en la comercialización de los productos y servicios por su capacidad de atracción, sin ningún mensaje preciso”. – *Fundamento de Derecho 40-*.

“Sin embargo, no estaría justificado deducir de esta apreciación de hecho que esté prohibido, por principio, considerar que los colores por sí solos puedan ser apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras. En efecto, no cabe excluir que existan situaciones en las que un color por sí solo pueda servir de indicación de origen de los productos o de los servicios de una empresa. Por tanto, ha de admitirse que los colores por sí solos pueden ser apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras, en el sentido del artículo 2 de la Directiva”. – *Fundamento de Derecho 41-*.

“De lo anterior se desprende que un color por sí solo puede constituir, en las condiciones expuestas, una marca en el sentido del artículo 2 de la Directiva”. – *Fundamento de Derecho 42-*.

“Por lo que respecta al registro como marca de colores por sí solos, sin delimitación espacial, el reducido número de colores efectivamente disponibles tiene el resultado de que un pequeño número de registros como marcas para servicios o productos determinados podría agotar toda la paleta de colores disponibles. Un monopolio tan amplio no sería compatible con un sistema de competencia no falseado, principalmente porque incurriría en el riesgo de crear una ventaja competitiva ilegítima en favor de un único operador económico. Tampoco se ajustaría al desarrollo económico y a la promoción del espíritu de empresa que los operadores ya establecidos pudieran registrar para sí todos los colores efectivamente disponibles en detrimento de nuevos operadores”. – *Fundamento de Derecho 54-*.

“Por tanto, es preciso reconocer, en el ámbito del Derecho comunitario de marcas, un interés general en que no se restrinja indebidamente la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos o servicios del mismo tipo que aquellos para los que se solicita el registro”. – *Fundamento de Derecho 55-*.

“Cuanto mayor sea el número de productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca, mayor es la posibilidad de que el derecho exclusivo conferido, en su caso, por la marca presente un carácter exorbitante y sea por ello contrario al mantenimiento de un sistema de competencia no falseado y al interés general en que no se restrinja indebidamente la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos o servicios del mismo tipo que aquellos para los que se solicita el registro”. – *Fundamento de Derecho 56-*.

“La percepción del público pertinente no es necesariamente la misma en el caso de un signo que consiste en un color por sí solo y en el caso de una marca denominativa o gráfica, que consiste en un signo independiente del aspecto de los productos que designa. En efecto, si bien el público está acostumbrado a percibir, inmediatamente, las marcas denominativas o gráficas como signos identificadores del origen del producto, no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo se confunde con el aspecto del producto para el que se solicita el registro del signo como marca. Los consumidores no están acostumbrados a deducir el origen de los productos sobre la base de su color o el de su envase, al margen de todo elemento gráfico o textual, puesto que, en principio, un color por sí solo no se emplea, en la práctica comercial actual, como medio de identificación. Un color por sí solo carece normalmente de la propiedad inherente de distinguir los productos de una determinada empresa”. –*Fundamento de Derecho 65-*.

“En el caso de un color por sí solo, la existencia de un carácter distintivo previo al uso sólo puede concebirse en circunstancias excepcionales y, principalmente, cuando el número de productos o servicios para los que se solicita la marca es muy limitado y el mercado de referencia es muy específico”. –*Fundamento de Derecho 66-*.

“No obstante, aun cuando un color por sí solo no tiene *ab initio* un carácter distintivo en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), de la Directiva, puede adquirirlo, en relación con los productos o servicios correspondientes, a raíz de su uso conforme al apartado 3 de dicho artículo. Este carácter distintivo puede adquirirse, en particular, tras un proceso normal de familiarización del público interesado. En tal caso, la autoridad competente debería apreciar globalmente los elementos que pueden demostrar que la marca ha pasado a ser apta para identificar el producto de que se trate atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y para distinguir este producto de los de otras empresas (sentencia Windsurfing Chiemsee, antes citada, apartado 49)”. –*Fundamento de Derecho 67-*.

“Por tanto, debe responderse a la primera cuestión prejudicial que un color por sí solo, sin delimitación espacial, puede tener, para determinados productos y servicios, un carácter distintivo en el sentido del artículo 3, apartados 1, letra b), y 3, de la Directiva, a condición, principalmente, de que pueda ser objeto de una representación gráfica clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva. Este último requisito no puede satisfacerse mediante la simple reproducción en papel del color de que se trate, pero puede cumplirse mediante la designación de este color con un código de identificación internacionalmente reconocido”. –*Fundamento de Derecho 68-*.

“Procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letra a), que cabe la posibilidad de reconocer que un color por sí solo tenga carácter distintivo en el sentido del artículo 3, apartados 1, letra b), y 3, de la Directiva, siempre que, en relación con la percepción del público pertinente, la marca sea apropiada para identificar el producto o servicio para el que se solicita el registro atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y para distinguir este producto o servicio de los de otras empresas”. –*Fundamento de Derecho 69-*.

Ahora bien, dado que el color no puede ser registrado con «carácter absoluto» sino tan sólo una *determinada tonalidad* del mismo, se hace preciso definir y fijar con concreción la citada *tonalidad*, lo cual cabe lograrse a través de su fijación mediante técnicas electrónicas o informáticas, dotándose así dicho signo de la necesaria seguridad. Ello no obstante, la aptitud del «color por sí solo» para acceder al registro precisará, igualmente, requisitos y datos certeros, pudiendo destacarse entre los mismos su específica, inusual y característica *tonalidad* –carente de carácter habitual en el comercio o mercado– y, en su caso, la característica de que el signo se empleare para distinguir productos o servicios muy específicos o bien destinados a ámbitos o sectores de adquirentes muy concretos y definidos.

A este respecto, cabe poner de relieve, sin embargo, que la práctica jurisprudencial de la OAMI presenta parámetros y pronunciamientos dispares, dado que en ciertos supuestos admite el registro del «color por sí solo»¹²⁶, en tanto que en otros lo deniega por entender que el color es de orden genérico o de uso habitual en el mercado y que, consiguientemente, ha de ser libremente accesible para los operadores que actúen en los distintos ámbitos del comercio, la industria o los servicios¹²⁷. Asimismo, se incide en el esquema o composición de la combinación cromática, a fin de determinar si dicha combinación obedece a un patrón o bien, por el contrario, resulta aleatoria. Ello no obstante, también se pone de relieve al adquisición sobrevenida de capacidad distintiva de colores que, inicialmente, carecieren de la misma¹²⁸.

Vide, en igual sentido, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda), de 9 de Octubre de 2002 –*KWS Saat AG V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), Asunto T-173/00*–.

¹²⁶ «Color violeta».

¹²⁷ «Light green»; «Amarillo común».

¹²⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 9 de Julio de 2003 –*Andreas Stihl AG & Co. KG V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI), Asunto T-234/01*–.

“Procede recordar, con carácter preliminar, que los colores o las combinaciones de colores, como tales, pueden constituir marcas comunitarias, por cuanto son adecuados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otra empresa [sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de septiembre de 2002, Viking-Umwelttechnik/OAMI (Yuxtaposición de verde y gris), T-316/00, Rec. p. II-3715, apartado 23]”. –Fundamento de Derecho 26–.

“La aptitud general de un tipo de signos para constituir una marca no implica, sin embargo, que todos los signos de ese tipo posean necesariamente un carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94, para un producto o un servicio determinado”. –Fundamento de Derecho 27–.

“Además, debe señalarse que el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94 no distingue según la naturaleza de los signos. Sin embargo, la percepción del público correspondiente no es necesariamente la misma en el caso de un signo que consista en un color o en una combinación de colores, como tales, y en el de una marca denominativa o gráfica, que consiste en un signo independiente del aspecto de los productos que designa. En efecto, si bien el público está acostumbrado a percibir, inmediatamente, las marcas denominativas o gráficas como signos identificadores del origen comercial del producto, no ocurre necesariamente lo mismo cuando el signo se confunde con el aspecto del producto para el que se solicita el registro del signo (sentencia Yuxtaposición de verde y gris, antes citada, apartado 27)”. –Fundamento de Derecho 29–.

“Por un lado, en lo que se refiere al color naranja, como alega acertadamente la OAMI, este elemento puede servir para advertir del peligro de las piezas de las herramientas, lo que no le confiere, de entrada, una función indicativa del origen comercial de los productos en cuestión. Por otra parte, el matiz especificado, a saber, el naranja pantone 164c, no presenta una diferencia con los colores comúnmente utilizados o que pueden utilizarse para los productos designados que sea perceptible por el público pertinente, en particular dado que, como se ha recordado en el anterior apartado 31, éste conserva de ellos una imagen imperfecta”. –Fundamento de Derecho 33–.

“Por otro lado, por lo que respecta al color gris, la Sala de Recurso declaró, en el apartado 15 de la resolución impugnada, que dicho color se confundía con los materiales, metálicos o plásticos, que componen los productos de que se trata. A este respecto, aunque el consumidor pueda distinguir, en un examen más detallado, el gris correspondiente a la materia bruta del que resulta de una coloración voluntaria, el color gris se percibirá ante todo, incluido en el matiz gris pantone 428u, como el resultado de un proceso de fabricación o como un mero acabado en color”. –Fundamento de Derecho 34–.36.

“Sobre este punto, procede señalar que el signo apreciado en su totalidad tiene un carácter abstracto e impreciso en relación con los productos de que se trata y no muestra una combinación sistemática ni un reparto concreto de dichos colores. Por consiguiente, la impresión de conjunto que resulta de la combinación de los colores en relación con los

productos de que se trata es una mera coloración de las piezas externas más que una organización sistemática que permita generar, más allá de la función puramente estética, un signo indicador del origen comercial de los productos (véase, en este sentido, la sentencia Yuxtaposición de verde y gris, antes citada, apartado 33)". –Fundamento de Derecho 36–.

"Además, dicha combinación de colores no podrá percibirse ni reconocerse, como signo, en la medida en que una distribución no sistemática de los colores en los productos de que se trata puede suponer numerosas combinaciones distintas que no permiten al consumidor considerar y memorizar una combinación concreta, que podría utilizar para reiterar una experiencia de compra de forma inmediata y certera (véase, en este sentido, la sentencia Yuxtaposición de verde y gris, antes citada, apartado 34)". –Fundamento de Derecho 37–.

"En consecuencia, el público correspondiente no percibirá en la combinación de los colores naranja y gris un signo indicativo de que los productos que adoptan esta coloración proceden de una misma empresa, sino que la percibirá más bien como un mero elemento de acabado de los productos de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia Yuxtaposición de verde y gris, antes citada, apartado 37)". –Fundamento de Derecho 42–.

"No pueden desvirtuar esta conclusión las alegaciones de la demandante de que el criterio vinculado al carácter inusual de la combinación cromática es inoperante en la medida en que si una empresa utiliza dicha combinación durante mucho tiempo ésta deja de ser inusual. En efecto, el carácter inusual de un color o de una combinación de colores, como criterio de apreciación en particular de la diferenciación de un signo cromático, tiene por objeto evaluar la aptitud de tal color o de tal combinación de colores para distinguir, a los ojos del público correspondiente, los productos o los servicios considerados de los de otra procedencia comercial. Por lo demás, a semejanza de cualquier otro signo, un color o una combinación de colores que, en sí misma, no tiene, en un principio, carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n. 40/94 puede adquirirlo, en relación con los productos o servicios reivindicados, después de su uso, de conformidad con el apartado 3 de dicho artículo (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee, asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, Rec. p. I-2779, apartado 47). Por tanto, el uso que una empresa que ha solicitado el registro de una marca hace del color o de la combinación de colores que la componen, lejos de constituir un elemento que excluya su carácter distintivo, puede permitir, en determinadas circunstancias, en concreto después de un proceso de familiarización del público interesado, que el signo cromático de que se trata adquiera la diferenciación de la que carecía al principio". –Fundamento de Derecho 44–.

Vide, asimismo, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 25 de Septiembre de 2002 –*Viking-Umwelttechnik GmbH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI)*, Asunto T-316/00–.

C. SIGNOS CONTRARIOS A LA LEY, AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES

El presente tipo legal establece la naturaleza de prohibición absoluta para los signos que fueren contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres –*artículo 5.1.f) LVM*–.

Ello no obstante, resulta preciso realizar una mínima precisión y análisis de cada uno de los subtipos. Así, en primer lugar, los signos «contrarios a la Ley» han de ser examinados y contrastados siempre en referencia al *sentido material* y no formal del concepto y a su *carácter imperativo*. En segundo lugar, los signos «contrarios al orden público» han de ser conceptuados como aquéllos que, de algún modo, atentaren –incumpliendo, ridiculizando o excluyendo– contra los valores, principios y reglas recogidos, protegidos o reconocidos en normas de orden fundamental. En tercer lugar, como signos «contrarios a las buenas costumbres» se hallarían los signos que contravinieren, directa o indirectamente, los principios básicos de orden político, social, moral o económico que informan la sociedad, la cultura o el modo de vida y, principalmente, aquéllos que pudiesen afectar a la sensibilidad media de la ciudadanía, consagradores del principio establecido por la práctica jurisprudencial norteamericana de que «una sociedad tolerante no equivale a una sociedad licenciosa»¹²⁹. En todo caso, el presente tipo prohibitivo se ha de analizar objetivamente, analizando las características intrínsecas del signo en cuestión y no el ánimo o comportamiento del solicitante del mismo¹³⁰.

¹²⁹ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1205. Así, entre tales supuestos podrían citarse, de un modo meramente enunciativo, los casos de signos atentatorios contra la dignidad de la persona y de la infancia, signos evocadores de la violencia, signos contrarios a la dignidad de los sexos y signos zafios o burdos.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 9 de Abril de 2003 – *Duferrit GmbH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Kolene Corporation; Asunto T-224/01*–: “De cualquier modo, debe de señalarse que en el caso de autos no se cumple el requisito establecido en el artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento n. 40/94, a saber, el hecho de que la marca solicitada sea con-

En este orden de cosas, se ha de manifestar también que la práctica jurisprudencial de la OAMI presenta supuesto divergentes, habiendo denegado, en ciertos casos, el registro de determinados signos que constituyen expresiones de escaso gusto o palabras abruptas¹³¹, en tanto que en otros supuestos ha aceptado signos que, inicial u originariamente, también podrían presentar tales rasgos atentatorios contra las buenas costumbres¹³². En relación a estos supuestos, cierto sector doctrinal considera que la denegación de registro del signo obedecería, no a su forma o configuración aisladamente consideradas, sino a su vinculación con los productos o servicios a cuya distinción se dirigiere¹³³.

D. SIGNOS OFICIALES Y DE INTERÉS PÚBLICO

El presente tipo de prohibición absoluta comprende los signos que «reproduzcan o imiten» *símbolos o signos oficiales*, tanto nacionales como extranjeros –*artículo 5.1.j) y k) LVM y artículo 6.ter CUP*–. En el ámbito nacional, en particular, la prohibición alcanza en su ámbito de cobertura a los emblemas –bandera, escudo, condecoraciones, insignias–, bien del Estado, bien de las Comunidades Autónomas, municipios, provincias u otras entidades locales –*artículo 5.1.i) LVM*–.

traría al orden público y a las buenas costumbres. Tal como ha señalado la OAMI acertadamente en su contestación, dicha disposición no contempla el supuesto en el que el solicitante de la marca actúe de mala fe. En efecto, de la lectura de los distintos párrafos del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n. 40/94 se desprende que éstos se refieren a las cualidades intrínsecas de la marca solicitada y no a circunstancias relativas al comportamiento de la persona del solicitante de la marca, como las alegadas por la demandante en el caso de autos”. –*Fundamento de Derecho 76*–.

¹³¹ «Bollox» [Clase Niza 28 –juegos de mesa para adultos–]; «Fuck of the year» [Clase Niza 9–películas y discos compactos–, 16 –revistas y fotografías– y 38 –programas de televisión–].

¹³² «Cannabis» [Clase Niza 32 –cervezas– y 33 –vinos y licores–]; «Hot sex» [Clase Niza 33 –vinos y licores–].

¹³³ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1205 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 159.

Igualmente, la citada prohibición también cubre la mera inclusión en un signo de los emblemas, insignias o escudos que, no incluidos en el tipo prohibitivo enunciado, fueren, no obstante, de «interés público» – *artículo 5.1.k) LVM y artículo 3.2.c) PDM*¹³⁴. Esta ampliación de la cobertura del tipo legal prohibitivo presenta como ventaja y efecto principales que queden tuteladas las *simples denominaciones* de entidades u organismos oficiales –o integrados en organismos oficiales– [Facultad de Derecho], así como otros símbolos y emblemas propios de tales entidades o instituciones, aun cuando carecieren de carácter público –Comité Olímpico Internacional–¹³⁵.

Ahora bien, los citados supuestos de prohibición no resultan «absolutos» en todo caso, dado que pueden ser salvados con carácter relativo mediante su autorización por la autoridad competente –*artículo 5.1.i), in fine; j), inciso inicial, y k), in fine, LVM*–. No obstante, la citada autorización en ningún caso podrá alcanzar al signo oficial o de interés público como *composición única y exclusiva* del signo a crear, ni tampoco su uso o configuración podrán resultar engañosos¹³⁶.

Ello no obstante, el Tribunal de Justicia ha elaborado una Doctrina jurisprudencial que tiene presente el uso –o ausencia de uso– de los símbolos oficiales en el tráfico económico, especialmente en los supuestos en los que el uso sobrevenido fuere el oficial y no a la inversa; esto es, la

¹³⁴ En este orden de cosas, cabe manifestar que *artículo 7.1.i) RMC* también contempla el citado supuesto, si bien con un matiz que, incorporando un concepto jurídico indeterminado, hace que la interpretación y consiguiente aplicación del tipo prohibitivo resulten más excluyentes o restrictivas y exijan, aún si cabe, un mayor rigor. Así, el mencionado precepto no solamente alude a que las insignias, emblemas o escudos fueren de «interés público» sino que exige que fueren de «especial interés público».

¹³⁵ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1206.

¹³⁶ En tal sentido, cabe destacar que la OAMI ha denegado el registro de signos con la expresión «euro», al igual que los que incluyen, total o parcialmente, la *corona de doce estrellas sobre cielo azul*, propia de la bandera de la Unión Europea.

normativa regula los casos de signos oficiales con carácter originario que son empleados posteriormente en el tráfico económico –*carácter oficial originario*–, mas no contempla los supuestos de signos ordinarios que con posterioridad adquirieren condición oficial y se emplearen con dicha naturaleza –*carácter oficial sobrevenido*–¹³⁷.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta), de 10 de Abril de 2003 –*Travellex Global and Financial Services Ltd & Travellex Global and Financial Services Ltd. V. Comisión de las Comunidades Europeas; Asunto T-195/00* –:

“En el presente caso, el símbolo oficial del euro no constituye un signo con el que se marquen unos productos o servicios a fin de distinguirlos de otros y permitir así al público que identifique su origen, sino que está destinado a designar una unidad monetaria y normalmente estará precedido o seguido por una indicación numérica. Por otra parte, la Comunicación de la Comisión de 23 de julio de 1997, indica a este respecto que «la Comisión Europea invita a todos los usuarios de monedas a emplear el símbolo [oficial del euro] [...] siempre que sea necesario usar un símbolo distintivo para describir importes monetarios en euros, como por ejemplo en listas de precios y facturas, cheques y cualquier otro instrumento jurídico». También se afirma allí que «la temprana definición de un [símbolo oficial] para el euro traduce igualmente la vocación del euro de convertirse en una de las principales monedas del mundo». –*Fundamento de Derecho 95*–.

“El uso del símbolo oficial del euro como modo de designar a la moneda única no equivale pues al uso de un signo constitutivo de una marca en el tráfico económico, en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), de la Primera Directiva de marcas”. *Fundamento de Derecho 96*–.

“Se deduce de las consideraciones anteriores que, en contra de lo que alegan las demandantes, la Comisión no ha usado el símbolo oficial del euro en el tráfico económico, es decir, en el contexto de una actividad comercial con ánimo de lucro, según la jurisprudencia antes citada, ni ha invitado a terceros a hacerlo. Por consiguiente, no es posible estimar que la Comisión violara los derechos que ISL ostenta sobre su marca al adoptar y difundir el símbolo oficial del euro”. *Fundamento de Derecho 104*–.

“Pues bien, como se observó antes, la Comisión no marca directamente productos o servicios con el símbolo oficial del euro. Procede recordar además que, en principio, al marcar con el símbolo oficial del euro ciertos productos o servicios únicamente se pretende designar la unidad monetaria, y ello incluso en el caso de que con dicho signo se marquen productos o servicios pertenecientes a las clases 16 y 36, para las que las demandantes han registrado el signo figurativo de ISL. En cuanto a los productos citados por las demandantes y que la Comisión marcó con el símbolo oficial del euro, ya se ha indicado anteriormente que no están comprendidos en las clases 16 y 36”. *Fundamento de Derecho 111*–.

E. SIGNOS ENGAÑOSOS

Este supuesto prohibitivo califica como «engañoso» al signo que pudiere inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o del servicio -*artículo 5.1.g) LVM*-. Esta prohibición habría de ser coherente con el *artículo 7 LCD* y los *artículos 4 y 5* de la Ley 34/1988, de 11 de Noviembre, General de Publicidad -LGP-, que consagran los principios de veracidad y honestidad inherentes a toda actividad competitiva. Igualmente, el tipo prohibitivo en cuestión puede resultar simultáneamente cumulativo al del supuesto prohibitivo contemplado en el *artículo 5.1.c) LVM*, esto es, con el de la «designación de la procedencia geográfica» del producto o servicio.

Asimismo, cabe poner de manifiesto que se trata de un supuesto prohibitivo «de hechos y no de resultado». En efecto, para que se verifique el tipo prohibitivo no se exige que se produzca el «resultado de engaño», resultando suficiente, a tal efecto, que el signo fuere *susceptible de generar error o confusión* en el potencial adquirente del producto o servicio en el mercado. Ahora bien, si se verificare el resultado de engaño, resultaría más directa e inmediata la aplicación de la prohibición, amén de la mayor facilidad que ello entrañaría con respecto de la carga de la prueba.

Ahora bien, resulta especialmente relevante la verificación y determinación del carácter engañoso del signo. El citado examen o análisis requiere un juicio objetivo, adoptando el criterio del prototipo medio de adquirente o usuario interesado en los productos o servicios que distinguiere el signo y llevando a cabo tal examen sobre la base de la relación

“Dadas estas circunstancias, como la Comisión no ha usado el símbolo oficial del euro en el tráfico económico y habida cuenta de que, en cualquier caso, no existe en el público pertinente un riesgo de confusión entre el signo figurativo de ISL y el símbolo oficial del euro, no es posible estimar que la actuación de la Comisión al adoptar, utilizar y promover dicho símbolo constituya un comportamiento culposo que le haya hecho incurrir en responsabilidad, ya que no violó los derechos de marca de ISL. Procede por tanto desestimar el primer motivo invocado por las demandantes”. *Fundamento de Derecho 126*-.

existente entre los citados productos o servicios y el signo presuntamente engañoso¹³⁸.

¹³⁸ En este caso habría que citar los signos «Orolex», para distinguir productos de bisutería, y «lifting», con respecto a productos de cosmética.

En relación con lo señalado, resulta especialmente relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de Enero de 2000 –*Estée Lauder Cosmetics GMBH & Co. OHG V. Lancaster Group GMBH; Asunto C-220/98*–:

“Para aplicar este criterio al caso de autos, hay que tomar en consideración varios elementos. En particular, hay que verificar si los factores sociales, culturales o lingüísticos pueden justificar que los consumidores alemanes entiendan el término «lifting», empleado en relación con una crema antiarrugas de manera diferente que los consumidores de los demás Estados miembros o si las propias condiciones de utilización del producto bastan para destacar el carácter transitorio de sus efectos, neutralizando cualquier conclusión contraria que pueda deducirse del término «lifting»”. –*Fundamento de Derecho 29*–.

“Aunque, a primera vista un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no tendría que suponer que una crema cuya denominación contiene el término «lifting» produzca efectos duraderos, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar, habida cuenta de todos los elementos pertinentes, si sucede así en el caso de autos”. –*Fundamento de Derecho 30*–.

“A este respecto, cuando no existe ninguna disposición comunitaria en la materia, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, que considere necesario recabar un informe pericial o encargar un sondeo de opinión con el fin de instruirse sobre el eventual carácter engañoso de una mención publicitaria, determinar con arreglo a su Derecho nacional el porcentaje de consumidores engañados por dicha indicación que le parecería suficientemente significativo para justificar, llegado el caso, su prohibición (véase la sentencia Gut Springenheide y Tusky, antes citada, apartados 35 y 36)”. –*Fundamento de Derecho 31*–.

“Por lo tanto, procede responder que:

– Los artículos 30 y 36 del Tratado y 6, apartado 3, de la Directiva 76/768 no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que prohíbe la importación y la comercialización de un producto cosmético que lleve el término «lifting» en su denominación, cuando, en las circunstancias del caso, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sea inducido a error por dicha denominación por estimar que ésta atribuye al producto características de las que carece.

– Incumbe al Juez nacional pronunciarse sobre el eventual carácter engañoso de la denominación tomando como referencia la expectativa que se presume en dicho consumidor.

– El Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional experimenta dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de dicha denominación, pueda ordenar, en

En lo que respecta al sujeto pasivo del engaño –el público–, habría que señalar que constituye un elemento decisivo en la determinación del tipo prohibitivo. Así, cabría sostener que su concepto puede presentar diversas acepciones. De una parte, podría ser definido como el *grupo de adquirentes típicos* del producto o servicio designado por el signo. De otra parte, dicho concepto podría comprender al *público en general* ante productos o servicios de uso y consumo generalizado, en tanto que su ámbito será proporcionalmente más restringido ante productos de uso y consumo más especializado. Ahora bien, en todo caso, el nivel medio de los *adquirentes típicos* del producto o servicio ha de ser ponderado de un modo relevante en el examen de la determinación del posible carácter engañoso del signo¹³⁹.

Asimismo, habría que destacar que el engaño puede verificarse bien de un modo directo, inmediato o descriptivo, o bien de un modo indirecto o sugestivo, desarrollando así su susceptibilidad de inducir a error¹⁴⁰. Igualmente, el carácter engañoso puede ser o bien originario o *ab initio*, o bien derivativo o sobrevenido, pudiéndose ejercitar, en tal caso, las correspondientes acciones de nulidad o de caducidad contra el mismo –*artículos 51.1.a) y 55.1.e) LVM*–¹⁴¹.

En otro orden de cosas, por lo que respecta al carácter engañoso de la «procedencia geográfica»¹⁴², tal supuesto de prohibición habría de atem-

las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o recabar un dictamen pericial para fundamentar su decisión”. –*Fundamento de Derecho 32*–.

¹³⁹ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1208.

¹⁴⁰ A este respecto, cabría señalar que la OAMI ha denegado el registro, por engañosos, de los signos «Olio d oliva integrale», «Onlyglass» y «EU championship in business management».

¹⁴¹ *Vide*, igualmente, FUENTE GARCÍA, Elena de La: *Las marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 131.

¹⁴² A juicio de ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág.1208, “las *indicaciones geográficas* comunes o conocidas en relación con los productos o servicios deben considerarse incluidas en la prohibición de forma directa ya que tales denominaciones deben permanecer en el acervo de denominaciones de libre disposición a favor

perarse y ponderarse en función de las circunstancias y, en particular, con ciertos criterios como, por ejemplo, la clase de producto o servicio distinguido con el signo, el conocimiento o desconocimiento por los sectores interesados del lugar geográfico elegido como signo¹⁴³ o la nula o escasa relación del lugar geográfico con los productos o servicios a distinguir¹⁴⁴.

Finalmente, resulta obligado hacer un mínimo análisis respecto de la diferenciación entre el signo «engañoso» y el signo «sugestivo». Así, cabría

de los empresarios establecidos en el sector o relacionados comercialmente con él, incluso si se trata de denominaciones extranjeras”.

Vide, asimismo, FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 138.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de Mayo de 1999 –*Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) V. Boots- und Segelzubehör Walter Huber & Franz Attenberger*; *Asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97*-. En esta Sentencia el Tribunal de Justicia ha aplicado la doctrina del «secondary meaning»: *Vide supra* pág. 56.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), de 13 de Julio de 1990 –R. Ar.: 6754-: “La finalidad de esta prohibición como señala la Sentencia de esta Sala de 23 de julio de 1988 (RJ 1988\6370), consiste en evitar el aprovechamiento indebido de la popularidad o del prestigio de un determinado lugar, induciendo a error respecto al origen o la procedencia; por ello no se encuentra dentro de la prohibición el uso de nombres de localidades o zonas sin relación alguna con los objetos o servicios a los cuales designan. La aplicación de la anterior doctrina ha de llevar a la estimación del recurso; pues la inclusión dentro del distintivo solicitado, y como una parte del mismo, del vocablo Jaén, con el que evidentemente se conoce una provincia española, no puede conducir inexorablemente a que pueda entrar en juego la prohibición de la regla 6.ª del artículo 124 del Estatuto, dado que es notorio que ninguna relación existe entre tal provincia y la prestación de los servicios propios de un titulado en óptica que obviamente al solicitar el distintivo denegado por el Registro, no pueda decirse ha pretendido crear una falsa indicación de procedencia, de crédito o de reputación industrial de la provincia de Jaén en materia de servicios ópticos”. –*Fundamento de Derecho Segundo*–.

«Mont Blanc», para instrumentos de escritura

En cambio, la OAMI ha denegado el registro de la denominación geográfica «Zurich» para distinguir servicios de seguros.

Vide, en general, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1208 y ss. CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob. cit.*, págs. 145 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 140. MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario...*, *Ob. cit.*, págs. 250 y ss.

señalar que el signo «sugestivo» incorpora la referencia a una propiedad, condición, característica de calidad o función *cierta y comprobable* del producto o servicio distinguido –*artículo 5.1 LGP*¹⁴⁵, por lo que tal tipo de signo no se ubica, *ab initio*, en el elenco de signos prohibidos por engañosos¹⁴⁶. En suma, en una denominación «sugestiva», el consumidor o usuario ha de realizar un esfuerzo intelectual e imaginativo para captar el mensaje informativo encubierto en él¹⁴⁷.

F. SIGNOS QUE CONTENGAN INDICACIONES GEOGRÁFICAS –ORIGINALES O TRADUCIDAS– APLICADOS A LA DISTINCIÓN DE VINOS O BEBIDAS ESPIRITUOSAS QUE NO TUVIEREN DICHA PROCEDENCIA

En primer lugar, de ha de poner de relieve que la presente prohibición trae causa del Acuerdo ADPIC –*artículo 23.1*¹⁴⁸– y del Reglamento (CE) 1493/1999, ubicándose en el ámbito del empleo de las denominaciones geográficas como indicaciones de procedencia¹⁴⁹. En segundo lugar, la realidad fáctica que comprende el nuevo tipo legal alcanza a todo signo que *contuviere o consistiere* en indicaciones de procedencia geográfica –aunque no fueren denominaciones de origen *stricto sensu*– y se apli-

¹⁴⁵ MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario...*, *Ob. cit.*, págs. 245 y ss.

¹⁴⁶ En base a ello, se han admitido los signos de «Securitas», «Sanex», «Pladur» o «Frenadol».

¹⁴⁷ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1209. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 132.

¹⁴⁸ *Artículo 23. Protección adicional de las indicaciones geográficas de los vinos y bebidas espirituosas*. ADPIC.

“1. Cada Miembro establecerá los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de una indicación geográfica que identifique vinos para productos de ese género que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica de que se trate, o que identifique bebidas espirituosas para productos de ese género que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica en cuestión, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como «clase», «tipo», «estilo», «imitación» u otras análogas (4)”.

¹⁴⁹ *Vide*, a este respecto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob. cit.*, págs. 147 y ss.

care a la distinción de vinos o bebidas espirituosas que no tuvieren la procedencia originaria indicada o sugerida por la citada indicación geográfica -*artículo 5.1.h) LVM y artículos 7.1.c) y g) y 142 RMC*-¹⁵⁰.

En este orden de cosas, cabe señalar que el efecto más ilustrativo del carácter absoluto, neutral y ciego de la prohibición reside en que ésta opera con total independencia de que diversas circunstancias concurrentes o el contexto mismo en general de dicho signo o de la presentación del producto ofrecieren datos e información que acreditaran sin el menor género de duda, o de los cuales pudiere inferirse, que la indicación geográfica no es la verdadera o auténtica. Consiguientemente, la prohibición continúa desplegando su efecto denegatorio, aun cuando en el contexto del signo o de la presentación se manifestare la auténtica o verdadera procedencia del vino o de la bebida espirituosa en cuestión o se recurriera a utilizar la misma indicación geográfica traducida o la misma se acompañare de términos o expresiones de «desmentido», tales como «clase», «tipo», «estilo», «imitación» u otras de análogo significado. Esta clase de prohibición cabría ser catalogada como un subtipo, a su vez, de un acto de competencial desleal, en cuanto acto de explotación de la reputación ajena -*artículo 12, párrafo segundo, LCD*-, por cuanto que este precepto establece un previsión idéntica, si bien con carácter genérico, válido para todo tipo de supuestos, y no con un régimen restrictivo o limitado únicamente a vinos o bebidas espirituosas, al señalar que “en particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares”.

Igualmente, se ha de enfatizar que el nuevo tipo prohibitivo constituye, de hecho, un supuesto concreto de represión de un acto de compe-

¹⁵⁰ *Vide*, asimismo, a este respecto, los *artículos 12.c); 18.2, 3,4 y 5; 39.1.f); 40.1.b) y 40.2.a)* de la Ley 24/2003, de 10 de Julio, de la Viña y del Vino -LVyV- [BOE N° 165, de 11 de Julio de 2003].

tencia desleal en cuanto acto engañoso –*artículo 7 LCD*¹⁵¹–, que se desarrolla y articula a través de la normativa sobre Marcas en lugar de emplear para ello el régimen general que oferta la Ley de Competencia Desleal, ya que tal normativa presenta mejores medios y garantías. En particular, cabría poner de manifiesto a este respecto que la acción de nulidad de la nueva normativa de Marcas resulta imprescriptible, en tanto que la acción derivada de la Ley de Competencia Desleal puede prescribir –*artículo 21 LCD*¹⁵²–. Ello no obstante, atendiendo a la *ratio* de la citada prohibición y a una interpretación finalista de la norma, que radican en la prevención de un acto de naturaleza engañosa, cabe reseñar que la disciplina del *artículo 5.1.h) LVM* resulta difícilmente compatible con la previsión del *artículo 4 LGP*, que exige como requisito constitutivo de la publicidad engañosa que la misma indujere o pudiere inducir a error a sus destinatarios o que silenciare datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión indujere a error también a los destinatarios. Como resulta notorio, de la confrontación de los citados preceptos cabe derivar un presupuesto fáctico más amplio del tipo legal del régimen de marcas, por cuanto que, aun en el supuesto, extremo o límite, en que se hiciera constar expresamente el verdadero origen del producto y, consiguientemente, desapareciera el mencionado riesgo de error en los destinatarios del mismo, el tipo normativo mantendrá, no obstante, incólume su eficacia y efectividad prohibitivas con carácter absoluto.

Ahora bien, la verificación del tipo legal prohibitivo y su aplicación exigen la concurrencia cumulativa de determinados presupuestos. En primer lugar, la solicitud y, en su caso, la obtención del registro de un signo que

151 *Vide* MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario...*, *Ob. cit.*, págs. 249 y ss.

152 ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1210: “En efecto, sin perjuicio de ser posible la represión de tal conducta a través de la LCD (en especial cuando el signo en cuestión sea usado sin ser constitutivo de marca registrada), se incluye también en el ámbito del régimen de la marca con le propósito de reforzar la protección de los intereses generales incididos por esta clase de conducta ya que la LM puede ser idónea para mejorarla respecto del régimen de la LCD”.

consistere o contuviere indicaciones de procedencia geográfica. En segundo lugar, la indicación geográfica ha de ser «improcedente» –“que no tengan esa procedencia”–, lo cual constituye un concepto más amplio que el de la falsedad, el riesgo de confusión o la simple inexactitud; así, a tal efecto, resulta suficiente con que la indicación en cuestión no se ajustare al auténtico origen geográfico del vino o de la bebida espirituosa. Por último, el signo se ha de aplicar a la distinción de vinos o de bebidas espirituosas¹⁵³.

Ello no obstante, en el presente ámbito de la distinción de los vinos, existe un régimen especial en lo que respecta al empleo de una marca que contuviere una mención geográfica que condujere a creer erróneamente que dicha mención geográfica resulta protegida; esto es, el régimen de prohibición se atempera y cede incluso en los casos en los que el empleo de una mención geográfica indujere a pensar en un régimen de tutela que no existe en la realidad¹⁵⁴.

¹⁵³ A juicio de CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob.cit.*, pág. 141, «bebidas espirituosas» serían las bebidas alcohólicas en general, con independencia de su clase y graduación alcohólica.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 24 de Octubre de 2002 –*Borie Manoux SARL V. Directeur de l’Institut National de la Propriété Industrielle (INPI)*, Asunto C-81/01–:

“Por lo tanto, para que sea aplicable la prohibición contenida en el artículo 40 del Reglamento n. 2392/89, no basta señalar que la utilización de una marca que contenga una mención geográfica puede por sí sola inducir a pensar que se trata de una mención geográfica que es objeto de una protección que no existe en realidad. Además, debe acreditarse la existencia de un riesgo real de que el comportamiento económico de los consumidores interesados se vea afectado por la utilización de una marca de esta índole.”. – *Fundamento de Derecho 27*–.

“Procede, pues, responder a la cuestión prejudicial que el artículo 40 del Reglamento n. 2392/89 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la utilización de una marca que contenga una mención geográfica y esté destinada a la comercialización de vino que pueda dar a entender erróneamente que la referida mención geográfica es objeto de protección, a menos que exista un verdadero riesgo de que la utilización de una marca de esta índole induzca a error a los consumidores interesados y, por consiguiente, afecte a su comportamiento económico. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar si así sucede efectivamente”. – *Fundamento de Derecho 29*–.

G. SIGNOS CONSTITUIDOS EXCLUSIVAMENTE POR LA FORMA IMPUESTA POR LA NATURALEZA DEL PROPIO PRODUCTO O POR LA FORMA DEL PRODUCTO NECESARIA PARA OBTENER UN RESULTADO TÉCNICO O POR LA FORMA QUE DA UN VALOR SUSTANCIAL AL PRODUCTO

G.1. *La forma tridimensional como marca*

En primer lugar, con carácter previo al análisis del ámbito material de los tipos prohibitivos establecidos en el artículo 5.1.e) LVM –artículos 3.1.e) PDM y 7.1.e) RMC– y como determinación del mismo, cabe poner de relieve que las formas tridimensionales pueden ser registradas como signo en virtud de su configuración, comprendiendo como tales, con un carácter meramente enunciativo, los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación –artículo 4.2.d) LVM–.

Así pues, la prohibición se circunscribiría estrictamente a los tres supuestos contemplados por el nuevo tipo legal, cuya fundamentación residiría, de una parte, en la pretensión de garantizar el libre uso de formas genéricas y necesarias, y, de otra parte, en el ánimo de resolver los conflictos que pudieren surgir entre institutos confluyentes con dicho tipo de signo, como son el modelo de utilidad y los institutos protectores del diseño industrial. en este orden de cosas, habría que poner de relieve que la invención y creación estética de aplicación industrial goza de una protección temporal limitada, en tanto que la protección temporal de los signos objeto de estudio es potencialmente ilimitada¹⁵⁵.

G.2. *La forma impuesta por la naturaleza del propio producto*

La razón o fundamento de la presente prohibición resulta idéntica a la que subyace en la prohibición de registro de los signos genéricos y necesarios en general; esto es, imposibilitar el registro de las formas habituales de determinado género o especie de productos con la consiguiente potencial monopolización perpetua que derivaría de ello en favor del titular del

¹⁵⁵ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1211 y ss.

signo en cuestión. Así pues, queda excluido el registro de la forma «usual» de los productos del correspondiente género o subgénero¹⁵⁶.

G.3. *La forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico*

La *ratio* de esta prohibición reside procurar evitar que la admisión de un signo con tal configuración excluya la limitación temporal propia o inherente a la que sería su vía ordinaria de tutela –la patente o, en su caso, el modelo de utilidad–, monopolizando, de esta manera, con una duración potencialmente ilimitada, una forma tecnológicamente necesaria de la cual se verían privados los competidores para poder concurrir eficazmente en el mercado¹⁵⁷.

Así pues, la realidad material del presente tipo prohibitivo se halla configurada por una «forma» que no constituye mera estética o elemento distintivo de un producto, sino que resulta ser un factor determinante de la función o utilidad de dicho producto de acuerdo con su naturaleza y, consiguientemente, un elemento intrínseco del mismo sin el que no podría alcanzar su función o utilidad. A este respecto, cabría señalar que el criterio de verificación del citado factor se halla determinado, fundamentalmente, en el *artículo 143 LP*, resultado de especial interés el supuesto de las «marcas-envase»¹⁵⁸.

En este orden de cosas, cabe destacar que la OAMI exige como requisito *sine qua non* para la admisión de un envase como signo que éste sea suficientemente distintivo sin necesidad de adjuntarle o incorporarle etiqueta alguna, aun cuando la etiqueta pudiese integrar o formar parte de la «marca-envase»¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Vide ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1212.

¹⁵⁷ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1212.

¹⁵⁸ Vide, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1213. FUENTE GARCÍA, Elena de La: *Las marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 131. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, págs. 152 y ss.

¹⁵⁹ De acuerdo con el citado criterio, la OAMI ha aceptado el registro en envases de «Granini», «Perrier» o «Coca-Cola», en tanto que ha denegado el registro de la tradicional

G.4. *La forma que dota de un valor sustancial al producto*

Como característica previa de este supuesto, se ha de precisar que su protección se ubica en los institutos protectores del diseño industrial o, en su caso, de la Propiedad Intelectual. Así pues, el criterio indispensable para la determinación de la verificación y, consiguientemente, la aplicación de la presente prohibición es la constatación de si la forma actúa, no tan sólo como distintivo, sino, además, como factor determinante del éxito o de la competitividad del producto en el mercado, por cuanto que la forma presenta más un carácter ornamental o de diseño que un carácter distintivo. En suma, en estos supuestos la protección se llevará a cabo, tal y como se ha mencionado anteriormente, a través de los institutos del diseño industrial y, en su caso, mediante el derecho de autor¹⁶⁰.

II.6.4. *Prohibiciones relativas*

Las prohibiciones relativas, reguladas en los *artículos 6 a 10 LVM*, tutelan los intereses objetivos de quienes resultaren titulares de signos o de otra clase de derechos anteriores que fueren incompatibles o susceptibles de ser lesionados debido al otorgamiento ulterior de una marca o nombre comercial configurado por signos o denominaciones idénticas o similares al objeto de los derechos anteriores. En este sentido, los citados intereses se podrían clasificar, fundamentalmente, en las siguientes categorías. En primer lugar, los intereses de los titulares de los derechos de marca y de nombre comercial con efectos en España, ya otorgados o solicitados y en vigor en la fecha de la solicitud del nuevo signo. En segundo lugar, el interés general de los potenciales adquirentes de productos o servicios en distinguirlos suficiente y adecuadamente de los

lata de aceite de automóvil y de las pastillas de detergente para lavadora en su forma semejante a la genérica.

¹⁶⁰ *Vide* ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1213 y ss.

A este respecto, cabría señalar que la OAMI ha aceptado el registro del diseño del «Mini-Austin» mientras que ha denegado por esta causa el registro de las piezas del juego «Lego».

iguales o similares que se ofertaren en el mercado. En tercer lugar, el interés de los titulares de los derechos de la personalidad anteriores. En cuarto lugar, el interés de las personas jurídicas en la protección de sus denominaciones ante el registro por terceros de tales denominaciones como marcas o nombres comerciales. Finalmente, el interés de quienes hubieren obtenido renombre o prestigio en el mercado en impedir el aprovechamiento indebido por terceros de tal reputación o prestigio¹⁶¹.

La nueva regulación presenta, asimismo, como una de sus principales características, el hecho de que la OEPM, a diferencia de la normativa anterior –*artículo 27.1 LDM*, ya no examinará *ex officio* la concurrencia de los supuestos de prohibición relativa en la configuración del signo que se pretendiere registrar como marca o nombre comercial, excepción hecha del *artículo 9.1.b) LVM*, esto es, en los supuestos en que se tratare de registrar *el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante* –*artículo 20 LVM*¹⁶²—. A este respecto, como máximo, la OEPM se limitará a co-

¹⁶¹ *Vide* ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1214. BARREIRO RODRÍGUEZ, ENRIQUE: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1439 y ss.

¹⁶² En este sentido, la *Exposición de Motivos IV, párrafo tercero*, LVM establece que “el procedimiento de registro se reforma, suprimiendo del examen que ha de efectuar la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) el referido a las prohibiciones relativas, quedando reservado este examen de oficio sólo para las prohibiciones absolutas. Las prohibiciones relativas sólo serán examinadas por la OEPM cuando un tercero legitimado formule la correspondiente oposición a la solicitud de marca presentada a registro, sin perjuicio de que la OEPM comunique, a efectos informativos, la existencia de la solicitud de registro a quienes en una búsqueda informática de anterioridades pudieran gozar de un mejor derecho... El sistema que se establece es, por otra parte, más acorde con la naturaleza y sentido de las prohibiciones de registro y con los intereses a tutelar, predominantemente públicos o generales en el caso de las prohibiciones absolutas, y de carácter privado en el caso de las prohibiciones relativas, que son así calificadas precisamente porque protegen derechos privados... Siendo el sistema que se implanta el más generalizado en el ámbito europeo y el seguido por la marca comunitaria, no existe ninguna razón que justifique que en España las marcas nacionales sufran un examen más riguroso que las comunitarias, pues ello sólo perjudicaría a los usuarios del sistema español, en beneficio de los usuarios del sistema comunitario que podrán obtener marcas comuni-

municar, a efectos simplemente informativos, la publicación de la solicitud de registro a los titulares de los signos anteriores registrados o solicitados que hubieren sido detectados como consecuencia de una búsqueda informática realizada por la propia OEPM de acuerdo con sus disponibilidades técnicas y materiales y que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 LVM, pudieren formular oposición al registro de la nueva solicitud –artículo 18.4 LVM–¹⁶³. A este respecto, se ha de poner de relieve que, tras el

tarias –con los mismos efectos en España que una marca nacional– sin examen de oficio de las prohibiciones relativas”.

Vide, a este respecto, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1442 y ss. ELZABURU, Alberto de & MONTERO, J.G. & CASTAN, A.: *Una visión de la nueva Ley de Marcas*, en “Otro sí. Publicación Informativa del Colegio de Abogados de Madrid. Nº 33”, Madrid, Enero 2002, pág. 17. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Dos rasgos característicos de la Ley de Marcas de 2001*, en “La Ley”, Madrid, 3 de Mayo de 2002, TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: *Límites de la “privatización” del Derecho de Marcas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado número 1450/2002, relativo al nuevo Reglamento de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. Nº.246”, Madrid, Octubre–Diciembre 2002, págs. 1999 y ss.

¹⁶³ La citada modificación merece una opinión desfavorable para ciertos miembros de la Doctrina científica. Así, de una parte, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1215 y s., considera que “este nuevo sistema, introducido, en especial, a remolque del sistema de la Marca Comunitaria, hará más gravosa la posición de los titulares de signos registrados anteriores en el sentido de que el mantenimiento de su derecho devendrá más costoso ya que la OEPM de desentiende de su tutela directa lo que determinará que, por un lado, ésta haya de ser encargada a profesionales de esta vigilancia y, por otro, resulta que cada acto de oposición al registro de nuevas solicitudes exige el pago de la correspondiente tasa (de 38,56 E por cada acto de oposición, cf. Anexo LM, apartado 1.7). Esta innovación, por reductora de la seguridad que el procedimiento de registro según la LM de 1998 atribuía a favor de los titulares de signos registrados anteriores, no parece digna de elogio; máxime si se consideran los pretendidos fundamentos a la misma según el nº IV pf. 3º de la Exposición de Motivos: *alinearse con los sistemas mayoritarios de nuestro entorno europeo y, en particular, con el sistema de la marca comunitaria; evitar el planteamiento por la Administración de conflictos artificiales al señalar de oficio marcas anteriores cuando su titular no tiene interés en oponerse a la nueva solicitud y, finalmente, ganar en rapidez y eficacia (...)* además que, según también la Exposición de Motivos, este abandono de la tutela *ex officio* y directa por la OEPM a favor de los titulares de signos anteriores, resulta más acorde con los intereses de éstos porque *su defensa no debe imponerse sino dejarse en manos de los propios interesados, quienes gozan en la presente Ley de todas las garantías del Estado de Derecho a través del trámite de oposición o del ejercicio de la acción de nulidad para proteger sus legítimos intereses y derechos*. En efecto, los fundamentos aducidos no son con-

Dictamen del Consejo de Estado N°1450/2002, relativo al nuevo Reglamento de Marcas —y a consecuencia del mismo—, se incorporó el *apartado q)* al artículo 52.2 RELVM, en virtud del cual en el Registro de Marcas habrán de inscribirse, como mención, “los signos anteriores, identificados por su número de solicitud, respecto de los cuales, en virtud de lo previsto en el artículo 15.2 de este Reglamento, se hubiera comunicado la publicación de la solicitud a los titulares de los mismos”¹⁶⁴.

sistentes ya que no parece lo más acertado alinearse con otros sistemas cuando tales no ofrezcan mejores ventajas que el propio. Tampoco puede afirmarse, en rigor, que con su examen de oficio la Administración contribuyese a plantear conflictos artificiales ya que el titular del signo anterior tenía, como ahora, la facultad de oposición y en ningún caso parece que la Ley *impusiera* la defensa de sus signos a tales titulares anteriores. Por ello, quizá se gane en rapidez, pero es discutible que con el nuevo sistema se gane en eficacia si con ello entendemos en dotación de seguridad a favor de los titulares de signos registrados anteriores”.

De otra parte, TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: *Límites de la “privatización”...*, *Ob. cit.*, págs. 2002 y s., señala que “se ha agilizado el procedimiento de registro, pero no se han eliminado (como no podía ser de otro modo) las causas de nulidad del registro concedido, lo que ocasionará un importante número de registros nulos. Si atendemos a este criterio, no es claro que el nuevo sistema sea más “eficaz” que el tradicional, como afirma la Exposición de Motivos... Tampoco contribuye a una mayor eficacia del sistema el agravamiento de los gastos de vigilancia y de formulación de oposiciones en beneficio de los Agentes de la Propiedad Industrial y en perjuicio de los pequeños comerciantes, pues a consecuencia de la “privatización” del sistema el titular de una marca no será ya protegido de oficio en la Oficina Española de Patentes y Marcas (salvo por lo que respecta a la remisión de una carta informativa por correo ordinario sin garantías de recepción: artículos 18.4 de la Ley y 15.2 del Reglamento)... La Exposición de Motivos de la Ley menciona también la necesidad de “evitar el planteamiento por la Administración de conflictos artificiales al señalar de oficio marcas anteriores cuando su titular no tiene interés en oponerse a la nueva solicitud”. En relación con esta afirmación, podría cuestionarse tanto el carácter “artificial” del conflicto causado por el registro simultáneo de dos signos idénticos para distinguir los mismos productos o servicios, como el argumento implícito de que el interés del titular es el único digno de protección en tales supuestos... El Registro de Marcas, como cualquier otro sistema registral destinado a la creación de apariencias cualificadas y protegidas por el Derecho, no persigue tan solo la protección de los titulares inscritos, sino también la de todos aquellos que confían en la apariencia cualificada que se crea artificialmente mediante la publicidad registral”.

¹⁶⁴ *Vide* TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: *Límites de la “privatización”...*, *Ob. cit.*, págs. 2003 y ss.

A. SIGNOS IDÉNTICOS O SEMEJANTES A MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES ANTERIORES

Como cuestión previa al análisis y examen individualizado de los diferentes supuestos que configuran los distintos tipos prohibitivos que conforman esta categoría, se ha de poner de relieve que todos ellos, amén de su especificidad, incluyen también con carácter general en su ámbito material el caso en el que el signo a registrar se hallare constituido por el nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro signo que identificare al solicitante del registro –*artículo 9.2 LVM*–.

A.1. *Signos idénticos a marcas o nombres comerciales anteriores*

La presente prohibición contempla el supuesto de registro de signos idénticos a una marca anterior que designare productos o servicios idénticos –*artículo 6.1.a) LVM*– o a un nombre comercial anterior que designare actividades idénticas a los productos o servicios para los que se solicitare el nuevo signo –*artículo 7.1.a) LVM*–.

Este tipo prohibitivo actúa con carácter absoluto, sin que para su aplicación hubiere de verificarse la concurrencia de un eventual «riesgo de confusión», ya que la nueva normativa establece el mismo bajo una presunción *iuris et de iure*. En efecto, el tipo prohibitivo trae causa directa e inmediata del *artículo 4.1.a) PDM* y, además, la normativa nacional no ha hecho uso de la posibilidad contemplada en el *artículo 4.5 PDM*, que establece que “los Estados Miembros podrán permitir que, en las circunstancias apropiadas, el registro de una marca no deba ser obligatoriamente denegado o declarado nulo, cuando el titular de la marca anterior o del derecho anterior consienta que se registre la marca posterior”¹⁶⁵.

A.2. *Signos idénticos o semejantes a marca anterior*

Esta prohibición –*artículo 6.1.b) LVM*– cabe desglosarse en diferentes supuestos o subtipos. Así, en primer lugar, se hallaría la prohibición de

¹⁶⁵ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1216 y ss. FUENTE GARCÍA, Elena de La: *Las marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 140.

registro de un signo *idéntico* a una marca anterior que se empleare para designar productos o servicios *similares*, existiendo un riesgo de confusión en el público potencialmente adquirente de los mismos [*signo idéntico a marca, producto o servicio similar*].

En segundo lugar, la prohibición comprendería el supuesto de registro de un signo *semejante* a una marca anterior que se pretendiere emplear para distinguir productos o servicios *idénticos*, surgiendo además un riesgo de confusión en el público potencialmente demandante de los mismos [*signo semejante a marca, producto o servicio idéntico*].

En tercer lugar, el supuesto de prohibición alcanzaría a la pretensión de registro de un signo *semejante* a una marca anterior cuya finalidad fuere la de designar productos o servicios *similares*, generando todo ello, asimismo, un riesgo de confusión en el público que deseara acceder a tales productos o servicios [*signo semejante a marca, producto o servicio similar*].

Por último, cabría poner de relieve que la normativa, con carácter general para todos los diferentes subtipos, establece que el riesgo de confusión comprende o incluye el riesgo de asociación con la marca anterior -*artículo 6.1.b), in fine, LVM*-.

A.3. *Signos idénticos o semejantes a nombre comercial anterior*

Esta prohibición -*artículo 7.1.b) LVM*-, al igual que la anterior, respecto de la cual presenta un total paralelismo y simetría, cabe subdividirse también en diferentes supuestos o subtipos. Así, *mutatis mutandis*, se pueden establecer las mismas categorías citadas en el supuesto precedente.

De una parte, existiría la prohibición de registro de un signo *idéntico* a un nombre comercial anterior que se utilizare para designar actividades *similares* a los productos o servicios para los que se solicitare el signo, existiendo un riesgo de confusión en el público potencialmente adquirente de los mismos [*signo idéntico a nombre comercial, actividad similar a producto o servicio*].

De otra parte, la prohibición incluiría el registro de un signo *semejante* a un nombre comercial anterior que se empleare para distinguir actividades *idénticas* a los productos o servicios para los que se solicitare el nuevo signo, surgiendo además un riesgo de confusión en el público potencialmente demandante de los mismos [*signo semejante a nombre comercial anterior, actividad idéntica a producto o servicio*].

Finalmente, la prohibición también acoge el supuesto de la solicitud de registro de un signo *semejante* a un nombre comercial con el se designare actividades *similares* a los productos o servicios para los que se solicitare el signo, generando todo ello, asimismo, un riesgo de confusión en el público que desee acceder a tales productos o servicios [*signo semejante a nombre comercial anterior, actividad similar a producto o servicio*].

Asimismo, al igual que en el tipo prohibitivo anterior, se ha subrayar que, con carácter general para todos los diferentes subtipos, se establece que el riesgo de confusión comprende o incluye el riesgo de asociación con el nombre comercial anterior -*artículo 7.1.b), in fine, LVM-*.

A.4. *Principio de especialidad*

El *principio de especialidad* rige todos los diferentes tipos y subtipos prohibitivos analizados. Así, la identidad o semejanza del signo pretendido con la marca o el nombre comercial anteriores, al igual que el riesgo de confusión y, en su caso, de asociación, ha de analizarse en función de la identidad o similitud de los productos o servicios -en el caso de las marcas- o de actividades -en el caso de los nombres comerciales- designadas por los signos comparados. A este respecto, el examen sobre la identidad o semejanza entre productos, servicios o actividades habría de realizarse según su identificación de acuerdo con la clasificación internacional de marcas, regulada en el Nomenclátor Internacional según el Arreglo de Niza de 1956 y revisado en 1979.

Ello no obstante, el *principio de especialidad* presenta un supuesto excepcional de inaplicación en el caso de las marcas y nombres comerciales

«notorios» y «renombrados» -*artículo 8 LVM*¹⁶⁶-, que recoge el régimen comunitario establecido a tal efecto, bien con carácter imperativo respecto de las marcas comunitarias propiamente -*artículo 4.3 PDM*¹⁶⁷-, bien con carácter facultativo, habilitante o de reenvío con respecto de la marca nacional en el Estado Miembro correspondiente -*artículo 4.4.a) PDM*¹⁶⁸-. Así, no se admite el registro de un signo que fuere idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriores aunque el citado registro se solicitare para productos o servicios que no fueren similares a

¹⁶⁶ *Vide*, a este respecto, *supra* págs.29 y ss., sobre el régimen de tales conceptos.

¹⁶⁷ *Artículo 4. Otras causas de denegación o de nulidad relativas a conflictos con derechos anteriores.*

3. PDM.- “Además, se denegará el registro de la marca, o si está registrada podrá declararse su nulidad, cuando sea idéntica o similar a una marca comunitaria anterior en el sentido del apartado 2 y se solicite su registro, o haya sido registrada, para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que se haya registrado la marca comunitaria anterior, cuando la marca comunitaria anterior goce de renombre en la Comunidad y con el uso de la marca posterior realizado sin justa causa se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o el renombre de la marca comunitaria anterior o se pueda causar perjuicio a los mismos”.

En igual sentido se pronuncia el *artículo 8. Motivos de denegación relativos.*

5. RMC.- “Además, mediando oposición del titular de una marca anterior con arreglo al apartado 2, se denegará el registro de la marca solicitada, cuando sea idéntica o similar a la marca anterior y se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que se haya registrado la marca anterior, si, tratándose de una marca comunitaria anterior, ésta fuera notoriamente conocida en la Comunidad, y, tratándose de una marca nacional anterior, ésta fuera notoriamente conocida en el Estado Miembro de que se trate y si el uso sin justa causa de la marca solicitada se aprovechara indebidamente del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior o fuere perjudicial para los mismos”.

¹⁶⁸ *Artículo 4. Otras causas de denegación o de nulidad relativas a conflictos con derechos anteriores.*

4. PDM.- “Asimismo, cualquier Estado Miembro podrá disponer que se deniegue el registro de una marca, o si está registrada, que se declare su nulidad en los casos y en la medida en que:

a) la marca sea idéntica o similar a una marca nacional anterior en el sentido del apartado 2 y se solicite su registro, o haya sido registrada, para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que se haya registrado la marca anterior, cuando la marca anterior goce de renombre en el Estado Miembro de que se trate y con el uso de la marca posterior realizado sin justa causa, se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o el renombre de la marca anterior o se pueda causar perjuicio a los mismos”.

los protegidos por tales signos anteriores –*artículos 8.1 y 34.2.c) LVM*¹⁶⁹–. La *ratio* de la citada inaplicación reside en dos fundamentos diferentes. De una parte, en el riesgo de indicar o sugerir una conexión o vinculación entre los productos o servicios amparados por el nuevo signo cuyo registro se solicita y el titular de tales signos «notorios» o «renombrados». De otra parte, en el peligro de una «explotación parasitaria» –“aprovechamiento indebido”– de las marcas notorias o renombradas y en el riesgo de una minoración o pérdida de su reputación –“menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre”¹⁷⁰. Los citados fundamentos, a su vez, hallarían su parangón en los *artículos 6 –Actos de confusión– y 12, párrafo primero, –Explotación de la reputación*

¹⁶⁹ A este respecto, habría que poner de relieve la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción de los dos preceptos, por cuanto que, regulando dos aspectos finalísticos de la misma realidad fáctica –la imposibilidad de registro de un signo idéntico o semejante a un signo notorio o renombrado y el derecho de prohibición del titular de un *signo notorio o renombrado* a utilizar, sin su consentimiento cualquier signo idéntico o semejante–, el *uso sin justa causa* se contempla vinculado a efectos diferentes. Así, mientras en el *artículo 8.1 LVM* el citado *uso sin justa causa* se vincula a un efecto de aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de los signos que presentaren tal carácter, en el *artículo 34.2.c) LVM* la “utilización” del signo *sin justa causa* se asocia al efecto del peligro de indicar una conexión entre los bienes o servicios a ser distinguidos por el signo cuyo registro se pretende y el titular del signo notorio.

¹⁷⁰ *Vide* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de Septiembre de 1998 –*Canon Kabushiki Kaisha V. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., anteriormente Pathe Communications Corporation; Asunto C-39/97*–; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 17 de Marzo de 2000 –R. Ar.: 2017–: “Esta tesis, se repite, no es de recibo, ya que, el hecho de que los demandados reconvinentes sean titulares de la marca Kamel, como se ha hecho constar, no les permite, sin más, que puedan utilizar dicha marca variando de denominación con el uso de la palabra Camel, porque, entonces, esto supone, el aprovechamiento indebido de una reputación comercial ajena, (es ocioso, insistir en ese eco comercial de notoriedad y renombre de la grafía «Camel» porque en esta hipótesis, sí aparece como antídoto un uso competencial indebido)... ello implica sin más, la confusión dentro del mercado y, el aprovechamiento injusto por Kamel, de la publicidad o raigambre que ha adquirido con el trabajo reiterado de unos años, la empresa que fue pionera en aplicar ese signo con «C», pues, el consumidor, sin percatarse, tiende a atribuir esos productos a una empresa que le resulta ya conocida, por la inevitable confusión entre ambas Marcas”. –*Fundamento de Derecho Cuarto*–.

ajena- LCD, respectivamente. Asimismo, redundando en tal caso de quiebra o exclusión del *principio de especialidad*, cabría manifestar que dicho *principio* y los citados conceptos de *notoriedad* y *renombre* resultan ser inversamente proporcionales, aumentando la intensidad de aplicación de uno de ellos en la medida en que menguare la del otro, por cuanto que la protección del signo notorio alcanzará a productos, servicios o actividades de naturaleza tanto más diferente cuanto mayor fuere el grado de conocimiento del signo notorio –*artículo 8.2, in fine, LVM*–¹⁷¹.

A.5. *Identidad o semejanza entre signos y riesgo de confusión*

La confrontación o el contraste entre el nuevo signo pretendido y la marca o nombre comercial anteriores, a fin de determinar la *identidad o semejanza* que contempla el supuesto de hecho del tipo legal prohibitivo, exige la fijación de los criterios a aplicar en dicho contraste.

Así, por lo que respecta a la *identidad*, su verificación resulta sencilla, por cuanto que deriva inmediata o directamente de la mera comparación fáctica de los elementos integrantes de los signos enfrentados. En cambio, en el supuesto de la *semejanza* y del *riesgo de confusión* o, en su caso, del *riesgo de asociación*, la tarea resulta más compleja, ya que la verificación de los mismos exige el empleo de múltiples criterios de naturaleza variada –vgr.: fonéticos, gráficos, odorantes, sonoros, conceptuales–¹⁷², más aún en la nueva normativa que, a diferencia del *artículo 12.1 LDM*, omite cualquier criterio de valoración o de verificación, ampliando, consiguientemente, el elenco de su número y naturaleza por encima

¹⁷¹ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1219 y ss. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1444 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *La aplicación de la regla de la especialidad a las marcas idénticas*, en “Actas de Derecho Industrial. N° 4”, Madrid, 1977, págs. 237 y ss.

¹⁷² *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1222. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1439 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, págs. 207 y ss./ *El riesgo de confusión de una marca denominativa con una marca gráfica. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de*

de los fonéticos, gráficos o conceptuales, fijados con carácter limitativo o restrictivo por la normativa anterior.

De otra parte, *el riesgo de confusión* constituye el núcleo o la condición específica de la tutela que otorga la marca, habiendo de ser el Estado quien procure su garantía frente a otros signos, a instancia del titular del signo anterior susceptible de confusión –*Considerando Décimo PDM*¹⁷³–. El riesgo de confusión, como tal, presupone la potencialidad del signo posterior de generar indistinción o sustitución involuntaria con la marca o el nombre comercial anteriores con respecto de los productos, servicios o actividades distinguidos por éstos¹⁷⁴.

Ahora bien, es la «verificación o determinación» del *riesgo de confusión* lo que constituye la tarea más prolija y complicada en la aplicación del Derecho de Marcas¹⁷⁵. A este respecto, los parámetros empleados en dicha tarea, tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por la OAMI, podrían ser formulados en los siguientes criterios¹⁷⁶.

23 de Octubre de 1974), en “Actas de Derecho Industrial. II”, Madrid, 1975, págs.423-436. MONTEAGUDO, Montinao: *El riesgo de confusión en Derecho de Marcas y en Derecho contra la Competencia Desleal*, en “Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1993, págs.73 y ss.

¹⁷³ *Considerando Décimo PDM*.– “Considerando...que el riesgo de confusión, cuya apreciación depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado o solicitado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados, constituye la condición específica de la protección; que la regulación de los medios de prueba del riesgo de confusión y, en particular, la carga de la prueba, corresponde a las normas nacionales de procedimiento que no son objeto de aproximación por la presente Directiva”.

¹⁷⁴ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1222 y ss. CASADO CERVIÑO, Alberto & BORREGO CABEZAS, A.: *El riesgo de confusión en la Jurisprudencia comunitaria*, en “Actas de Derecho Industrial”, 1998, págs.169 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, págs. 189 y ss. MASSAGUER FUENTES, José: *Marca...*, *Ob. cit.*, pág. 4181.

¹⁷⁵ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1223. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, págs. 207 y ss.

¹⁷⁶ El desarrollo y análisis de los criterios se lleva a cabo en función del estudio de CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob.cit.*, págs. 169 y ss.

En primer lugar, la comparación de los signos y de los productos o servicios a distinguir, a fin de determinar su identidad o semejanza, se llevaría a cabo en función de todo tipo de criterios y no solamente de los visuales, fonéticos y conceptuales, tal y como contemplaba la normativa anterior.

En segundo lugar, en el supuesto de que alguno de los signos fuere notorio o renombrado, el riesgo de confusión habría de comprender la hipótesis de que el público pudiese creer que los productos o servicios tienen su origen en la misma empresa o bien en empresas vinculadas jurídica o económicamente a los titulares de los citados signos. Así, el riesgo de confusión será mayor cuanto mayor fuere también la antigüedad y el prestigio del signo anterior.

En tercer lugar, la verificación del riesgo de confusión ha de llevarse a cabo globalmente o en su conjunto; esto es, atendiendo a todos los factores –y a su interdependencia– que confluyeren en el supuesto concreto y, en especial, contemplando el grado de identidad o semejanza entre signos y productos o servicios distinguidos por los mismos¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 23 de Octubre de 2002 –*Claudia Oberhauser V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI); Asunto T-104/01*–: “Esta apreciación global implica cierta interdependencia entre los factores tomados en consideración y, en particular, la similitud entre las marcas y entre los productos o los servicios designados. Así, un bajo grado de similitud entre los productos o los servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa (sentencias Canon, antes citada, apartado 17, y Lloyd Schuhfabrik Meyer, antes citada, apartado 19). La interdependencia entre estos factores se encuentra expresada en el séptimo considerando del Reglamento n. 40/94, según el cual procede interpretar el concepto de similitud en relación con el riesgo de confusión, cuya apreciación depende, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado y del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o los servicios designados”. – *Fundamento de Derecho 27*–.

“La aplicación del principio de interdependencia entre los distintos factores que deben tenerse en cuenta, que exige la apreciación global del riesgo de confusión, confirma esta conclusión. En efecto, puede existir un riesgo de confusión, a pesar de que exista un escaso grado de similitud entre las marcas, cuando los productos o servicios cubiertos por ellas tienen una gran similitud (véase la sentencia Lloyd Schuhfabrik Meyer, antes citada, apartado

En cuarto lugar, el riesgo de confusión habría de ser analizado de acuerdo con el criterio del adquirente o consumidor medio o normalmente informado. A este respecto, dicho arquetipo de adquirente podría perfilarse o definirse en función de las siguientes reglas meramente generales y orientativas. De una parte, el adquirente medio conserva en su memoria una imagen «imperfecta» de las marcas. De otra parte, la atención del consumidor varía en función de la naturaleza o clase de los productos o servicios comparados, por lo que la delimitación del adquirente medio ha de llevarse a cabo, asimismo, tomando en consideración la clase de los productos o servicios distinguidos por el signo¹⁷⁸. Como última regla, un producto de consumo masivo o común no ha de recibir el mismo tratamiento que un producto dirigido a un sector específico de adquirentes o usuarios concededores y experimentados, por lo que el riesgo de confusión habría de tener, comúnmente, menor intensidad en este supuesto¹⁷⁹.

En quinto lugar, el grado de conocimiento o difusión de una marca en el mercado no ha de ser apreciado considerando únicamente las encuestas o porcentajes –demoscopia–, sino también ponderando otros aspectos, tales como las cualidades de la marca, su nivel de reputación o prestigio, su intensidad de uso y extensión geográfica, su cuota de mercado y las

21). En el presente caso, como ya se ha señalado, los productos designados con la marca solicitada y los productos protegidos por la marca anterior son idénticos. Esta identidad, que, por otra parte, no ha sido negada por la demandante, tiene como corolario que se atenúen las posibles diferencias entre los signos controvertidos. –*Fundamento de Derecho* 50–.

Vide, igualmente, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 23 de Octubre de 2002 –*Matratzen Concord GMBH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Hukla Germany, S.A.; Asunto T-6/01*–. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 23 de Octubre de 2002 –*Institut für Lemsysteme GmbH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & ELS Educational Services, Inc.; Asunto T-388/00*–.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de Junio de 1999 –*Lloyd Schuhfabrik Meyer & C. GMBH V. Klijsen Andel BV; Asunto C-342/97*–.

¹⁷⁹ FUENTE GARCÍA, Elena de La: *Las marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 137.

inversiones realizadas por el titular de la misma, al igual que el alcance de los medio de comunicación en los que se hubiere publicitado.

Finalmente, se ha de poner de relieve que sin la existencia de un riesgo de confusión no existe el «riesgo de asociación» –*artículos 6.1.b), in fine, y 7.1.b), in fine, LVM-*. Este concepto, en contra del régimen comunitario, que contemplaba un instituto jurídico único y uniforme –*artículo 4.1.b), in fine, PDM y artículo 8.1.b) RMC-*, presentaba un tipo jurídico propio o autónomo en la normativa derogada –*artículo 12.1.a), in fine, LDM-*, constituyendo una novedad su incorporación a la misma¹⁸⁰ y generando una gran problemática en su interpretación, determinación de criterios configuradores del tipo, aplicación y diferenciación del tipo del «riesgo de confusión»¹⁸¹. A este respecto, se ha de poner de relieve la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fijando una doctrina configuradora y delimitadora de ambos tipos jurídicos¹⁸². La

¹⁸⁰ *Vide*, en tal sentido, BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1440 y ss. MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: *El Derecho Comunitario de Marcas...*, *Ob. cit.*, págs. 1515-1544. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Riesgo de asociación*, en “Actas de Derecho Industrial. XVIII”, Madrid, 1998, págs.23 y ss.

¹⁸¹ *Vide*, a este respecto, FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Derecho de Marcas...*, *Ob. cit.*, pág. 114./ *El sistema comunitario de marcas*, Madrid, 1995, págs.158 y ss.

¹⁸². Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de Noviembre de 1997 –*Sabel VB V. Puma AG, Rudolf Dassler Sport; Asunto C-251/95-*:

“A este respecto, procede recordar que la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva sólo es aplicable cuando, debido a la identidad o similitud de las marcas y los productos o servicios designados, «exista por parte del público un riesgo de confusión, que comprenda el riesgo de asociación con la marca anterior». Pues bien, según estos términos, el concepto de riesgo de asociación no es una alternativa al concepto de riesgo de confusión, sino que sirve para precisar el alcance de éste. Los propios términos de esta disposición excluyen, pues, la posibilidad de aplicarla si no existe, por parte del público, un riesgo de confusión”. –*Fundamento de Derecho 18-*.

“Como se ha declarado en el apartado 18 de la presente sentencia, la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva no es aplicable si no existe, por parte del público, un riesgo de confusión. A este respecto, del décimo considerando de la Directiva resulta que la apreciación del riesgo de confusión «depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con

el signo utilizado o solicitado [léase registrado”], del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados». El riesgo de confusión debe, pues, apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes”. –*Fundamento de Derecho 22*–.

“Procede, pues, responder a la cuestión prejudicial que el criterio de «riesgo de confusión, que comprenda el riesgo de asociación con la marca anterior», contenido en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que la mera asociación entre dos marcas que el público podría hacer por medio de la concordancia en su contenido conceptual no basta, por sí sola, para deducir la existencia de un riesgo de confusión en el sentido de la citada disposición”. –*Fundamento de Derecho 26*–.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 9 de Abril de 2003 – *Durferit GmbH V. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) & Kolene Corporation; Asunto T-224/01*–:

“Por lo que respecta, en segundo lugar, a la alegación de la demandante relativa al riesgo de asociación, procede señalar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho riesgo constituye un caso específico del riesgo de confusión (sentencias SABEL, antes citada, apartados 18 y 26, y Marca Mode, antes citada, apartado 34). Más concretamente, el riesgo de asociación se caracteriza por la circunstancia según la cual las marcas controvertidas, aunque el público pertinente no las pueda confundir directamente, podrían percibirse como dos marcas del mismo titular. Puede ser así, en particular, cuando resulte que ambas marcas pertenecen a una serie de marcas formadas a base de un tronco común”. –*Fundamento de Derecho 60*–.

“Asimismo, puede darse un riesgo de asociación entre dos marcas cuando la marca anterior es también la denominación de la empresa que es su titular. En tal caso, el público pertinente puede suponer que las marcas controvertidas pertenecen al mismo titular o que, al menos, entre las marcas existen vínculos estructurales o económicos, como un acuerdo de licencia (véase, sobre este último aspecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1993, Deutsche Renault, C-317/91, Rec. p. I-6227, apartados 36 y siguientes). Ahora bien, en el caso de autos, la marca anterior no constituye la denominación de la demandante”. –*Fundamento de Derecho 62*–.

“Por lo demás, los vínculos comerciales que han existido en el pasado entre la demandante y la parte coadyuvante no bastan para justificar el riesgo de asociación que invoca la demandante. En efecto, prescindiendo de que tales vínculos comerciales nunca han existido en el mercado alemán, el público pertinente, dado que está altamente especializado en el mercado limitado de los productos y servicios de que se trata, puede conocer el cese de dichas relaciones, lo que la demandante ciertamente no ha negado al responder a una pregunta del Tribunal de Primera Instancia en la vista”. –*Fundamento de Derecho 63*–.

Vide, respecto de este supuesto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *Derecho de marcas...*, Ob. cit., págs.47 y ss. MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: *El Derecho Comunitario de Marcas...*, Ob. cit., págs. 1524 y ss.

nueva normativa, en cambio, acoge el criterio de la normativa comunitaria y subsume el «riesgo de asociación» en el «riesgo de confusión». Por consiguiente, cabría señalar que el «riesgo de asociación» presupone, sobre la base de una mínima semejanza o características comunes, la existencia de diferencias apreciables entre los signos contrastados, si bien presentando el signo posterior una inmediata aptitud evocadora del signo anterior —«mississippi sound» / «oklahoma sound»; «gelbe seiten» [«Páginas Amarillas»] / «blauen seiten» [«Páginas Azules»] / «El Corte Inglés» / «El Corte Galés»—. Consiguientemente, se ha de enfatizar que el «riesgo de asociación» *aislado* como criterio de apreciación del riesgo de confusión entre signos no existe, sino que el «riesgo de asociación» ha de ir precedido de la verificación previa de la existencia de un riesgo de confusión entre los signos.

A.6. Marcas y nombres comerciales anteriores

La nueva normativa precisa la característica de «anterioridad» debido a la diversidad de regímenes de nacimiento del derecho de marca que resultan aplicables en España en virtud del artículo 4.2 PDM y del artículo 32 RMC. Así, el nuevo régimen ordena los aspectos referentes a la atribución de prioridad o anterioridad a los signos, en función de que se trate de solicitudes o registros o, en su caso, de signos simplemente usados, y coordina dichos criterios en función de que versen sobre marcas nacionales, comunitarias o internacionales con efectos en España.

En función de ello, serías «marcas anteriores» las recogidas en el artículo 6.2 LVM. Así, en primer lugar, todas las *marcas registradas* —ya fueren marcas nacionales, marcas que hubieren sido objeto de un registro internacional que surtiere efectos en España o marcas comunitarias— cuya solicitud de registro tuviere una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen —*apartado a*)—. En segundo lugar, las *marcas comunitarias registradas* que, con arreglo a su Reglamento, reivindicaren válidamente la antigüedad de una marca nacional o de una marca internacional que surtiere efectos en España, aun cuando hubieren sido objeto de renuncia o se hubieren extinguido —*apartado b*)—. En tercer lugar, las *solicitudes*

de registro de marca que se hallaren en tramitación de registro como marca nacional, comunitaria o internacional con efectos en España, siempre y cuando las mismas fueren finalmente registradas. En este sentido, cabría señalar que las citadas solicitudes producen anterioridad desde su fecha de prioridad, quedando dicha fecha de prioridad condicionada a su efectivo registro *-apartado c)-*¹⁸³. Finalmente, las marcas no registradas que, en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen, fueren «notoriamente conocidas» en España, en el sentido del artículo 6.bis del Convenio de París *-apartado d)-*.

Por lo que respecta a los «nombres comerciales anteriores», éstos serían los previstos en el artículo 7.2 LVM. Ahora bien, con carácter previo a su exposición, habría que señalar que este signo carece de régimen comunitario. Pues bien, la primera modalidad de tales signos la integrarían los *nombres comerciales registrados* en España cuya solicitud de registro tuviere una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen *-apartado a)-*. La segunda modalidad, por su parte, comprendería las *solicitudes* de registro de nombres comerciales contemplados en el apartado anterior, a condición de que fueren finalmente registradas *-apartado b)-*. Ello no obstante, sería preciso incorporar una nueva modalidad, consistente en el nombre comercial *usado sin registro*, a condición de que el titular del derecho pudiese probar dicho uso con anterioridad. Esta última modalidad, en la que la adquisición del derecho al nombre comercial puede operar sin necesidad de registro, derivaría del artículo 8 CUP¹⁸⁴, precepto que puede ser invocado en España en función del artículo 3.3 LVM¹⁸⁵.

¹⁸³ *Vide*, en este sentido, CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob.cit.*, pág. 164.

¹⁸⁴ Artículo 8 CUP.- “El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio”.

¹⁸⁵ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1226.

B. NOMBRE CIVIL O IMAGEN QUE IDENTIFIQUE A UNA PERSONA DISTINTA DEL SOLICITANTE – NOMBRE, APELLIDO, SEUDÓNIMO O CUALQUIER OTRO SIGNO QUE PARA LA GENERALIDAD DEL PÚBLICO IDENTIFIQUE A UNA PERSONA DISTINTA DEL SOLICITANTE, SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN

El presente tipo prohibitivo –*artículo 9.1 LVM*– presenta un requisito previo, consistente en la ausencia de *autorización expresa* –“debida autorización”–. Pues bien, verificándose dicho requisito, por lo demás, no podrán registrarse como marca ni como nombre comercial el nombre civil o la imagen que identificare a una persona distinta del solicitante del signo –*apartado a)*– ni tampoco el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identificare una persona distinta del solicitante –*apartado b)*–¹⁸⁶. Ahora bien, incluso en el supuesto de que se prestare la correspondiente autorización, ésta podría revocarse *ad nutum*, sin perjuicio de tener que indemnizar, en su caso, los daños y perjuicios que se hubieren podido ocasionar¹⁸⁷.

Asimismo, cabe poner de relieve que la citada prohibición actúa sin guardar relación alguna con el principio de especialidad; esto es, presenta un funcionamiento autónomo o separado de dicho principio.

¹⁸⁶ A este respecto, habría que poner de manifiesto el *artículo 7.6* de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen –LOPDHPIyFyPI–: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley... la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

¹⁸⁷ *Artículo 3.2* LOPDHPIyFyPI.– “En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

Vide, asimismo, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág.1227. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, págs. 177 y ss. Este último autor, opina, por su parte, que la indemnización puede ser relevante en el caso de que el signo en cuestión hubiere generado, como marca, un importante *goodwill* o prestigio en los correspondientes productos o servicios.

Por último, en el supuesto de que se obtuviere el registro de alguna de las modalidades de signo señaladas, que identificare a una persona no afamada o conocida generalmente, ésta podría conseguir la anulación del registro sobre el fundamento de la posible mala fe del solicitante, así como en función de la citada Ley Orgánica, de 5 de Mayo de 1982.

C. SIGNOS QUE REPRODUZCAN, IMITEN O TRANSFORMEN CREACIONES PROTEGIDAS POR UN DERECHO DE AUTOR O POR OTRO DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL QUE NO SEAN MARCAS NI NOMBRES COMERCIALES

Esta prohibición –*artículo 9.1.c) LVM*– también presenta como supuesto la ausencia de *autorización expresa* –“debida autorización”–. Así, a *sensu contrario*, de mediar la citada *autorización expresa* del titular, podrían registrarse como signo las creaciones literarias, esculturas, pinturas, dibujos, cómics y otras creaciones intelectuales protegidas por el derecho de autor¹⁸⁸. Igualmente, en el supuesto de que la obra intelectual hubiere devenido de dominio público –*artículo 41* del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual [TRLPI]¹⁸⁹–, ello no la transforma en una *res nullius* susceptible de ser libremente registrada, sino que su prohibición de registro devendría de «carácter absoluto» por ser contrario a la Ley y al orden público –*artículo 5.1.f) LVM*–, en cuanto que entrañaría un monopolio *sine die* de lo que constituye una *res communia omnium* y lesionar, asimismo, el derecho constitucional de acceso a la cultura¹⁹⁰.

¹⁸⁸ A este respecto, cabría señalar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 de Octubre de 2000 –R. Ar.: 8138–, que anula la marca «Popeye» por mala fe e incompatibilidad con el derecho de autor. [Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero].

¹⁸⁹ *Artículo 41. Condiciones para la utilización de las obras en dominio público.* TRLPI.

“La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público.

Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 14”.

¹⁹⁰ *Vide*, en este sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1227 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Tratado...*, *Ob. cit.*, pág. 180. En este orden

Por lo que respecta a signos que constituyan creaciones protegidas por otro derecho de propiedad industrial, que no fueren marcas ni nombres industriales, solamente los modelos y dibujos industriales se revelan como susceptibles de ubicarse en dicho supuesto, en caso de que mediare la debida autorización de su titular. Ahora bien, tal supuesto ha de ser cohonestado con la prohibición absoluta del *artículo 5.1.e) LVM*.

D. SIGNOS IDÉNTICOS O SIMILARES AL NOMBRE COMERCIAL, DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL DE UNA PERSONA JURÍDICA DISTINTA DEL SOLICITANTE

La presente prohibición -*artículo 9.1.d) LVM*-, que, asimismo, conlleva el presupuesto de la carencia de *autorización expresa* -"debida autorización"- presenta una eficacia y virtualidad muy notorias. De una parte, en atención al importante grado de litigiosidad derivado de la práctica surgida de la variedad de registros de denominaciones de personas jurídicas y de su mutua desconexión en orden a un adecuado control de la ausencia de duplicidad de denominaciones. De otra parte, en función de la desconexión entre el Registro de Marcas y de Nombres Comerciales de la OEPM y los registros correspondientes a las personas jurídicas. A este respecto, podría haberse considerado que dicho conflicto ya había recibido su régimen regulador en virtud del *artículo 6 LCD*, si bien su tratamiento bajo la nueva normativa de marcas parece también adecuado¹⁹¹.

El citado precepto prohibitivo, por su parte, presenta un escaso rigor técnico¹⁹², precisando para su verificación la concurrencia de diferentes

de cosas, este último autor cita el caso de la denegación, por parte del Tribunal Federal alemán, del registro como marca de la imagen de la "Mona Lisa", de Leonardo Da Vinci.

¹⁹¹ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1228, quien la «práctica» surgida de la variedad de registros de denominaciones de personas jurídicas la califica como de «picaresca».

¹⁹² En este orden de cosas, como ejemplos de ello cabría reseñar, por una parte, que resulta totalmente indebida la mención en dicho precepto del concepto de «nombre comercial», salvo que se contemplare la previsión del *artículo 8 CUP*. Por otra parte, cuando se manifiesta que el nombre comercial, la denominación y la razón social identifican a

requisitos. Así, en primer lugar, identidad o semejanza del signo cuyo registro se solicitare como marca o nombre comercial con denominación o razón social que identifique a una persona jurídica en el tráfico jurídico. En segundo lugar, identidad o similitud de su ámbito empresarial de aplicación, lo cual puede generar constantes conflictos en los supuestos de modificación o ampliación del objeto social o de las actividades que lo integren. En tercer lugar, la existencia de un riesgo de confusión en el público.

Ahora bien, la citada prohibición, a fin de que resulte operativa y pueda desplegar su eficacia, también exige una actuación por parte de la persona jurídica en cuyo favor o tutela se ha establecido. Así, tal persona jurídica habrá de probar el *uso o conocimiento notorio* de su denominación en el «conjunto» del territorio nacional. A este respecto, con independencia de ciertas consideraciones doctrinales que tachan de confusa la redacción del producto¹⁹³, a nuestro juicio, del tenor literal del mismo y de la conjunción disyuntiva que presenta, de la cual deriva una interpretación alternativa, a la persona jurídica le resultará suficiente, a fin de poder beneficiarse de la tutela que le proporciona la citada prohibición, con probar cualquiera de los dos requisitos, si bien, como cuestión meramente probatoria, le resultará más accesible y factible la prueba del *uso* de su denominación en el conjunto del territorio nacional¹⁹⁴.

una persona jurídica, en lugar de referir dicha identificación al «tráfico jurídico», se señala que la misma opera o se lleva a cabo en el «tráfico económico».

En igual sentido, ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, págs. 1228 y ss.

¹⁹³ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1229.

¹⁹⁴ ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1229. Este autor, tras poner de relieve la crítica que, a su juicio, merece la redacción del precepto, finalmente llega a la misma conclusión o solución, si bien en función de argumentos o criterios diferentes. Así, señala que “entendemos, por razones de funcionalidad y seguridad, que la persona jurídica deberá simplemente probar el uso de su denominación como hecho suficiente para activar la prohibición. En efecto, si la persona jurídica hubiera de probar, además, el *conocimiento notorio de su denominación en el conjunto del territorio nacional* quedarían

Ello no obstante, se ha de tener presente el régimen que se establece en este orden cosas, desarrollando supuestos diferentes. Así, en primer lugar, la nueva regulación presenta una eficacia *ad extra* de su ámbito ordinario de vigencia, por cuanto que contempla un mandato dirigido a los órganos registrales competentes para el otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas, en virtud del cual tales órganos habrán de denegar el nombre o razón social solicitados en el caso de que coincidieren o pudieren originar confusión con una marca o nombre comercial notorios o renombrados, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial –*Disposición Adicional Decimocuarta LVM*–. En segundo lugar, se crea un nuevo supuesto de extinción de Sociedades, según el cual en el caso de que una sentencia por violación del derecho de marca impusiere el cambio de denominación social y éste no se efectuare en el plazo de un año, la Sociedad quedará disuelta de pleno derecho, procediendo el Registrador Mercantil a practicar de oficio la cancelación –*Disposición Adicional Decimoséptima LVM*–. Finalmente, se contempla que el Gobierno –en el plazo oportuno y tras los estudios y consultas que fueren necesarios– remita al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley sobre el régimen de las denominaciones sociales de las entidades jurídicas –*Disposición Adicional Decimoctava LVM*–.

II.6.5. *Signos registrados en estado de mala fe del solicitante*

A. EL REGISTRO DE MALA FE. CAUSA DE NULIDAD Y ACCIÓN REIVINDICATORIA

La actuación llevada a cabo de mala fe por quien solicitare el registro de una marca constituye una causa de nulidad absoluta del citado registro

fuera del amparo de la misma la inmensa mayoría de las personas jurídicas y, en especial, el grueso representado por las pequeñas y medianas empresas que operan en España pero no en el *conjunto* de España, lo cual no parece lógico. Por ello, puede entenderse que la expresión sea en sentido potencial: se trata de personas jurídicas que, potencialmente, *pueden* actuar en el conjunto del territorio español porque no tengan restringida la oferta de sus productos o servicios a una parte concreta de ese territorio”.

-*artículos 2 y 51.1.b) LVM; artículo 3.2.d) PDM y artículo 51.1.b) RMC*-. Asimismo, la acción para solicitar la nulidad del registro es imprescriptible -*artículo 51.2 LVM*-, todo ello sin perjuicio del derecho de la persona perjudicada de ejercer la correspondiente acción reivindicatoria -*artículo 2.2 LVM*-. Consiguientemente, cabría sostener que la validez de la marca se halla regida por el *principio general fraus omnia corrumpit*¹⁹⁵.

Ahora bien, resulta preciso determinar el régimen de la verificación de la mala fe. Así, con carácter genérico, cabría manifestar que dicha verificación ha de llevarse a cabo en función de los criterios propios de la competencia desleal -*artículo 5 LCD*-, al igual que mediante el empleo del principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos -*artículo 7 del Código Civil*-. Ello no obstante, cabría enumerar, a título meramente enunciativo, determinados supuestos que constituyen prácticas de mala fe. En primer lugar, cabría destacar los registros que supusieren un aprovechamiento indebido de la reputación ajena -*artículo 13.c) LDM*-. En segundo lugar, se hallarían los registros de signos que resulten confusos, denigratorios o que conllevaran una comparación desleal. En tercer lugar, se contemplaría el caso de los registros que implicaren un ánimo de causar perjuicio al competidor, tales como los de carácter predatorio, los logrados con un fin especulativo o meramente «defensivo», en cuanto impidieren que un tercero registrare otras marcas o que un competidor comercializare un determinado producto o servicio, mas sin hacer uso efectivo y real de tal signo -*artículo 39.1 LVM*-. Finalmente, la nueva normativa contempla el caso de los registros obtenidos en vulneración de una obligación legal o contractual, como es el supuesto de la marca del agente o representante -*artículo 10.2 LVM*-¹⁹⁶.

¹⁹⁵ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1230.

¹⁹⁶ *Vide*, a este respecto, ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1230.

B. MARCAS DE AGENTES O REPRESENTANTES

Este tipo prohibitivo constituye una modalidad o subcategoría de la antedicha prohibición genérica de actuación de mala fe –*artículo 10 LVM*–. Así, el fundamento y finalidad de esta prohibición radican en evitar la apropiación indebida –y su consiguiente aprovechamiento– de una marca extranjera registrada en favor de un tercero en otro Estado Miembro del Convenio de París o de la Organización Mundial del Comercio por parte de su agente o representante en España. A tal efecto, se prohíbe que el agente o representante registraren tal signo a su nombre, salvo que justificaren su actuación u obtuvieren el debido consentimiento del titular registral –*artículo 10.1 LVM; artículo 6.septies CUP*¹⁹⁷ y *artículo 8.3 RMC*–.

Ahora bien, este tipo prohibitivo precisa una mínimo análisis respecto de su determinación subjetiva. A este respecto, resulta pacífica la figura del «titular registral o principal», que será, como se ha manifestado anteriormente, todo aquél que tuviere registrada una marca en otro Estado Miembro del Convenio de París o de la Organización Mundial del Comercio y preparare o concertare la distribución de los productos o servicios designados a través de un agente o representante nacionales. En cambio, la determinación de éstos no resulta tan sencilla e inmediata, por cuanto que su naturaleza jurídica opera de un modo desvinculado o al

¹⁹⁷ *Artículo 6.septies. Marcas: registros efectuados por el agente o el representante del titular sin su autorización. CUP.*

“1) Si el agente o el representante del que es titular de una marca en uno de los países de la Unión solicita, sin autorización de este titular, el registro de esta marca a su propio nombre, en uno o varios de estos países, el titular tendrá el derecho de oponerse al registro solicitado o de reclamar la anulación o, si la ley del país lo permite, la transferencia a su favor del citado registro, a menos que este agente o representante justifique sus actuaciones.

2) El titular de la marca tendrá, en las condiciones indicadas en el párrafo 1) que antecede, el derecho de oponerse a la utilización de su marca por su agente o representante, si no ha autorizado esta utilización.

3) Las legislaciones nacionales tienen la facultad de prever un plazo equitativo dentro del cual el titular de una marca deberá hacer valer los derechos previstos en el presente artículo”.

margen del *nomen iuris* de la relación jurídica que mantuvieren con el titular registral¹⁹⁸. Así, habría de establecerse un concepto amplio de las figuras de los «agentes o representantes», habiendo de considerar como tales a cualesquiera terceros que, en virtud de un contrato, gestionaren en España los intereses comerciales del titular de la marca extranjera¹⁹⁹. Igualmente, resulta de importancia poner de manifiesto que la mencionada resolución de la OAMI señala expresamente que *no es necesaria la identidad* entre el signo del titular registral y del agente o representante para que se verifique el tipo legal prohibitivo, sino que resulta *suficiente la mera semejanza*²⁰⁰.

Finalmente, cabe señalar que el «titular registral» goza de un haz de derechos frente a una vulneración de la citada prohibición. Así, en primer lugar, dispone de un derecho de oposición –*artículos 10.2 y 19 LVM*–. En segundo lugar, frente a un registro que ya se hubiere llevado a cabo, puede ejercer la correspondiente acción de nulidad –*artículos 10.2 y 52.1 LVM*–, la cual resulta imprescriptible si el actor probare la mala fe del solicitante del registro –*artículo 51.2 LVM*–. En tercer lugar, tiene también la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria. Esta acción puede ser ejercida con anterioridad a la fecha de registro o en el plazo de cinco años, a contar desde la publicación de la concesión o desde el momento en que la marca registrada hubiere comenzado a ser utilizada conforme a lo previsto en el *artículo 39 LVM* –*artículos 10.2 y 2.2 y 2.3 LVM*–. Por último, también se establece en favor del titular registral la acción de cesación, la cual prescribe a los cinco años, contados desde el día en que se hubiere podido ejercitar –*artículos 10.2, 41.1.a), 44 y 45.1 LVM*–.

¹⁹⁸ Resolución OAMI, de 19 de Junio de 1999 –Decisión N.º.401/1999, Asunto «NORAXON»–: No solamente se consideran como tales un agente comercial, un representante de comercio, un concesionario o un franquiciado, sino también un genérico distribuidor.

Vide, a este respecto, CASADO CERVIÑO, Alberto: *El sistema...*, *Ob.cit.*, pág. 166.

¹⁹⁹ *Vide* ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J.: *Las prohibiciones...*, *Ob. cit.*, pág. 1231.

²⁰⁰ *Vide* Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil), de 25 de Octubre de 2000 –R. Ar. 8813–.

III. NOMBRE COMERCIAL

El *Título X* LVM regula el nombre comercial, si bien su régimen se halla tratado en todo el conjunto del texto legal en vigor, por lo que su estudio en el presente epígrafe se llevará a cabo analizando la singularidad o especificidad de su regulación recogida en el citado *Título X*, mas habiendo de remitirse también a otros pasajes en los que su régimen se hallaba tratado de un modo unido al de la marca. A este respecto, el *artículo 87.3* LVM, recogiendo el pronunciamiento de la *Exposición de Motivos IV, párrafo décimo*, LVM, contempla un reenvío expreso y directo a las normas de la nueva Ley relativas a las marcas, en la medida en que las mismas no fueren incompatibles con la naturaleza propia del nombre comercial y todo ello a salvo de cualquier “disposición contraria prevista en *este capítulo*”²⁰¹.

Pues bien, de la citada regulación específica o singular –amén de los principios de unidad, fantasía, especialidad, registro y supresión de titulación pública²⁰²–, en primer lugar, habría de analizarse su *concepto*. Este presenta un enunciado muy próximo al establecido para la marca por el *artículo 4* LVM, por lo que las consideraciones y el análisis realizado a tal respecto, serían, en principio, aplicables también para el presente signo. Así, “se entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares” –*artículo 87.1* LVM–

Ahora bien, dicho concepto precisa, al menos, de un análisis sobre su significado y características. De una parte, el nuevo precepto conlleva una mejora técnica con respecto a su precedente del *artículo 76* LDM,

²⁰¹ Resulta notoria la errata del texto legal, por cuanto que la referencia habría de ser hecha respecto del «Título» en lugar del «Capítulo».

²⁰² *Vide*, en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, págs. 37 y ss.

por cuanto que se suprime la mención de «denominación» del citado concepto, que, por otra parte, resultaba totalmente redundante y superflua. De otra parte, el concepto de nombre comercial gira en la nueva regulación respecto de la «empresa» y no del «empresario» -persona física o jurídica-, tal y como establecía la normativa derogada; esto es, del elemento subjetivo de la realidad empresarial -el titular de la actividad- se ha pasado al elemento material -el instrumento mediante el que el titular opera en el mercado-. Por lo demás, dicho concepto incorpora tres rasgos característicos que ha de reunir todo signo a fin de poder devenir nombre comercial, siendo uno de ellos un requisito *sine qua non* y los restantes funciones que desempeña el nombre comercial. En primer lugar, y acorde con lo establecido respecto de la marca, el signo ha de ser susceptible de representación gráfica. En segundo lugar, dicha modalidad de Propiedad Industrial presente una doble función, cual es la identificación de la empresa en el tráfico mercantil, de un lado, y la distinción de dicha empresa de las restantes que desarrollen actividades idénticas o similares²⁰³. Pues bien, en este orden de cosas, la nueva normativa se hace acreedora de una crítica severa por la ausencia de la debida homogeneidad sistemática; esto es, el concepto establecido por el artículo 87.1 LVM y cifrado sobre el instituto de la «empresa» no es mantenido y respetado en el conjunto del texto legal, en el que, a título meramente enunciativo, cabría destacar el tenor del artículo 7.1 LVM, en el que el concepto de nombre comercial se vincula, al igual que en la normativa derogada, a la actividad designada o distinguida.

²⁰³ *Vide*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de Mayo de 1999 -*Pfeiffer Großhandel GmbH & Löwa Warenhandel GmbH*; *Asunto C-255/97*-, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE (ex artículo 177), por el *Handelsgericht Wien* (Austria), destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30 y 52 del Tratado CE [actualmente, tras su modificación, artículos 28 y 43 CE].- Pues bien, el Tribunal de Justicia declara que “los artículos 30 y 52 del Tratado CE [actualmente, tras su modificación, artículos 28 y 43 CE] no se oponen a una disposición nacional que prohíba, en razón de un riesgo de confusión, el uso de un nombre comercial como designación específica de una empresa”. [*Fundamento de Derecho 29*].

De otra parte, la regulación vigente presenta una innovación respecto de la normativa derogada. Así, de acuerdo con el *artículo 2.1 LVM*, en relación con el *artículo 90 LVM*, la inscripción del nombre comercial en el Registro de Marcas presenta un carácter constitutivo, en tanto que, en base al *artículo 78.1 LDM*, la inscripción resultaba meramente potestativa.

Por lo que respecta a la *configuración del nombre comercial*, la normativa en vigor establece, con carácter meramente enunciativo –*artículo 87.2.f), in fine, LVM*–, un elenco de signos que pueden emplearse en la constitución del nombre comercial –*artículo 87.2 LVM*–. Dicha relación enunciativa, por otra parte, resulta coincidente en su práctica totalidad con la previsión contemplada por el *artículo 76.2 LDM*, pudiendo, en base a ello, consistir el nombre comercial en los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas –*apartado a)*–; las denominaciones de fantasía –*apartado b)*–; las denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial –*apartado c)*–; los anagramas –*apartado d)*– y en cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, figuren en la relación del *artículo 87.2 LVM* –*apartado f)*–. Ahora bien, la normativa en vigor también incorpora novedades, incluyendo en el *apartado d)* los logotipos²⁰⁴ y creando un nuevo supuesto, consistente en las imágenes, figuras y dibujos –*apartado e)*–.

²⁰⁴ *Vide* sobre los logotipos, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta), de 3 de Julio de 2002 –*A. Menarini-Industrie Farmaceutiche Riunite, Srl & European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations V. Comisión de las Comunidades Europeas; Asunto T-179/2000*–: “el logotipo desempeña un papel importante para la identificación de una sociedad presente en el mercado. Su función consiste en formar un todo con el nombre de la sociedad para facilitar la identificación de ésta”. [*Fundamento de Derecho 49*]; Sentencia Tribunal Constitucional N.º. 75/1995 (Sala Segunda), de 17 Mayo. Recurso de Amparo N.º.1744/1995 [R. Ar.: 75]; Sentencia Tribunal Constitucional N.º. 106/1991 (Sala Primera), de 13 Mayo. Recurso de Amparo Electoral N.º.931/1991 [R. Ar.: 196]; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 1 de Octubre de 1997 [R. Ar.: 6961]; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 8 de Abril de 1995 [R. Ar.: 2993] y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 18 de Marzo de 1993 [R. Ar.: 2041]. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 31 de Enero de 2002 [R. Ar.: 1584], identifica y asimila los conceptos de «logo-

En lo atinente al *régimen prohibitivo* –*artículo 88 LVM*–, éste resulta prácticamente idéntico, *mutatis mutandis*, al previsto respecto de las marcas, al cual, por otra parte, se reenvía de un modo expreso en lo referente a las prohibiciones absolutas del *artículo 5 LVM* –*apartado b)*– y a las prohibiciones relativas de los *artículos 6 a 10 LVM* –*apartado c)*– y *Exposición de Motivos IV, párrafo décimo*–. La prohibición restante –*apartado a)*– resulta, tal y como se ha manifestado *mutatis mutandis*, un trasunto del *artículo 5.1.a) LVM*, por cuanto que no se admite el registro como nombre comercial de signos que no pudieren constituir tal por no ser conformes con en *artículo 87 LVM*.

De otra parte, se exige una *clasificación de actividades* –*principio de especialidad*–, de tal modo que la solicitud de registro especifique las actividades que se pretendieren distinguir con el nombre comercial solicitado, agrupándolas por clases conforme a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios, según se tratare de actividades de prestación de servicios o de actividades de producción o comercialización de productos –*Exposición de Motivos IV, párrafo décimo, «in fine», y artículo 89.1 LVM*–. A tal fin, en la primera renovación que se llevare a cabo tras la entrada en vigor de la nueva normativa, los nombres comerciales concedidos bajo la legislación anterior habrán de proceder a su clasificación de acuerdo el nuevo régimen previsto –*Disposición Transitoria Sexta.1 LVM y Disposición Transitoria Segunda.1 RELVM*–. En este sentido, el solicitante de la renovación habrá de presentar su propuesta de clasificación sin modificar el tenor literal de la lista de actividades, aunque podrá reordenarlas o renunciar a las que estimare oportunas²⁰⁵. En

tipo» y «nombre comercial» –*Antecedente de Hecho Primero, Fundamento de Derecho Primero.1 y Segundo.1*–, lo cual constituye un en flagrante error de técnica jurídica, por cuanto que *confunde* una modalidad o tipo con el género o naturaleza del signo.

²⁰⁵ A este respecto, la *Disposición Transitoria Segunda.2 RELVM* establece que la solicitud de renovación se ajustará al *artículo 26 RELVM*. No obstante, en la misma habrá de precisarse que se trata de una primera renovación con adaptación a la Clasificación Internacional e indicarse los productos o servicios para los que se pidiere la renovación, agrupados según la clase a la que perteneciere de la Clasificación Internacional, precedido

caso de que la OEPM no considerare correcta la clasificación presentada, propondrá al interesado una nueva clasificación, a fin de que se pronuncie sobre la misma, resolviendo finalmente la OEPM, tanto si hubiere contestado o no el interesado -*Disposición Transitoria Sexta.2 LVM y artículo 28 y Disposición Transitoria Segunda.3 RELVM*-. Ahora bien, tanto la solicitud como la renovación del nombre comercial se hallan sometidas al pago de las correspondientes tasas, según el número de las clases que comprendiere, en los mismos términos que las marcas -*artículo 89.2 y Disposición Transitoria Sexta.3 LVM*-. Esta última previsión contempla de un modo implícito la posibilidad de existencia de los «nombres comerciales multiclase».

En cuanto al *status* jurídico del nombre comercial, el registro del mismo, en términos idénticos a los establecidos por el *artículo 34.1 LVM* para las marcas, confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico en los términos previstos en la nueva regulación -*artículo 90 LVM*-. Dicho régimen ha de vincularse con el fijado por el *artículo 2.1 LVM*, de que, por otra parte, trae causa, ya que es el registro válidamente efectuado de conformidad con la nueva normativa el que otorga la adquisición del derecho de propiedad, tanto sobre la marca como sobre el nombre comercial. Ahora bien, tanto en la solicitud de registro de nombre comercial como en las demás solicitudes que se presentaren referidas a él, habrá de indicarse expresamente que se solicita dicha modalidad de signo distintivo -*artículo 39.1 RELVM*²⁰⁶-. En este orden de cosas, se ha de tratar el asunto de la posibilidad de emplear un

cada grupo por el número de su clase. La lista presentada no podrá incluir productos o servicios distintos de los comprendidos en la lista de actividades protegidas por el nombre comercial. Ahora bien, en el caso de que la lista de actividades contuviera conceptos excesivamente genéricos y totalmente indeterminados, habrá de prescindirse de los mismos en la adaptación a la Clasificación Internacional.

²⁰⁶ Asimismo, se establece que, en el supuesto de que concurrieren las condiciones previstas en el *artículo 30.4 RELVM* -el titular registral actual y el nuevo titular fueren los mismos para cada uno de los registros o solicitudes afectadas-, la solicitud de inscripción de la transmisión de un nombre comercial o de su solicitud podrá efectuarse conjuntamente con solicitudes o registros de marcas -*artículo 39.2 RELVM*-.

mismo signo como nombre comercial y como marca. La nueva regulación, a diferencia del artículo 78.3 LDM, no se pronuncia a este respecto, si bien, a nuestro juicio, sería admisible dicha dualidad de registros.

Por lo que respecta al *régimen de transmisión* del nombre comercial, cabría sostener que la nueva regulación, en virtud del principio de libre cesión que consagra la *Exposición de Motivos IV, párrafo décimo, in fine*, LVM, contempla la transmisión del nombre comercial separada de la empresa, toda vez que, asimismo, se ha suprimido el tenor del artículo 79 LDM, que únicamente permitía su transmisión con la totalidad de la empresa. Ello no obstante, la transmisión, bien *inter vivos* bien *mortis causa*, normalmente se llevará a cabo conjuntamente con la empresa. Asimismo, la nueva regulación tampoco se pronuncia sobre el «nombre comercial derivado», esto es, el signo distintivo creado y empleado por un empresario y recibido por otro empresario conjuntamente con la empresa del primero, cuya explotación continúa. A nuestro juicio, ante el silencio de la nueva regulación al respecto, cabría admitirse también tal posibilidad en base al mencionado principio de la libre cesión, por lo cual el adquirente —a fin de conservar la clientela de la empresa transmitida— podría mantener el nombre comercial del transmitente para emplearlo en el tráfico económico²⁰⁷.

Por último, el régimen de la *nulidad y de la caducidad del nombre comercial* también son reenviados expresamente a la regulación prevista a tal efecto para las marcas. Así, en la medida en que no fuere contrario a su propia naturaleza, la nulidad y caducidad del nombre comercial se declararán en la forma y por las mismas causas previstas para las marcas. Igualmente, la nulidad se declarará también cuando el nombre comercial hubiere sido registrado contraviniendo el régimen prohibitivo establecido en el artículo 88 LVM —artículo 91 LVM—.

²⁰⁷ En igual sentido, BROSETA PONT, Manuel: *Manual...*, *Ob. cit.*, pág. 251.

IV. RÓTULO DEL ESTABLECIMIENTO

IV.1. Consideraciones preliminares

La nueva normativa, a diferencia de la derogada –*artículos 82 a 86 LDM*²⁰⁸–, suprime el carácter registral de los rótulos de establecimiento. La *ratio* que motiva tal modificación queda plasmada en la *Exposición de Motivos IV, párrafo decimoprimer*, LVM y reside en el alineamiento de la Ley “con los sistemas de nuestro entorno político y económico”, siendo la tutela de esta modalidad de Propiedad Industrial reenviada a las “normas comunes de competencia desleal”. En este sentido, la *Disposición Transitoria Tercera.2, párrafo segundo*, LVM expresamente determina que, una vez que el registro de los rótulos de establecimiento se hubiere cancelado definitivamente, los mismos pasarán a estar protegidos conforme a lo dispuesto en los *artículos 6 y 12 LCD*; esto es, por las normas que regulan los *actos de confusión* y la *explotación de reputación ajena*, respectivamente. Asimismo, se establece que la “protección antes otorgada por los rótulos de establecimiento podrá hacerse valer a través del registro de una marca o nombre comercial, pudiendo convivir en diferentes ámbitos territoriales si no existiera oposición de tercero, como consecuencia del nuevo procedimiento, en que se suprime el examen de oficio de las anterioridades”. Finalmente, la citada *Exposición de Motivos* procede a un reenvío interno a las Disposiciones Transitorias de la Ley a fin de regular

²⁰⁸ No obstante, en el momento de la elaboración de la citada Ley ya se abordó la cuestión del mantenimiento o supresión del carácter registral del rótulo del establecimiento, si bien se optó por su mantenimiento, debido, especialmente, a la carencia en dicho momento de una normativa ajena a la específica de Propiedad Industrial que pudiera otorgar una tutela adecuada a tales signos.

Vide, en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones...*, *Ob. cit.*, pág. 20. BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos...*, *Ob. cit.*, págs. 1456 y ss. GÓMEZ MONTERO, Jesús: *Régimen transitorio de rótulos de establecimiento*, en “Seminario sobre la Nueva Ley de Marcas de 2001”, organizado por la Oficina Española de Patentes y Marcas en la Escuela de Organización Industrial, 17 y 18 de Diciembre de 2001 –texto de la Ponencia publicado en la «Sección Noticias» de la página *web: www.oepm.es*–.

el “tránsito a este nuevo modo de protección de los rótulos inscritos durante la vigencia de las legislaciones anteriores”. Así pues, el análisis de dicha modalidad de Propiedad Industrial se llevará a cabo mediante el examen de las *Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta LVM*. Ello no obstante, de un modo preliminar, se ha de precisar que la nueva regulación contempla también, con carácter genérico, por cuanto que, además de a los rótulos de establecimiento, se aplica asimismo a las marcas y nombres comerciales, un *régimen transitorio de los procedimientos*, en base al cual los procedimientos que sobre tales modalidades de Propiedad Industrial se hubieren iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley se tramitarán y resolverán conforme a la legislación anterior –*Disposición Transitoria Primera LVM*–.

IV.2. Régimen transitorio de los rótulos de establecimiento registrados

A modo de cuestión previa, cabe señalar que, en tanto dure la vigencia registral de los rótulos de establecimiento actualmente inscritos y en la medida en que no fuere incompatible con su propia naturaleza, dichos rótulos se regirán por las normas de la nueva Ley –*Disposición Transitoria Tercera.1 LVM*–. En particular, la *Disposición Transitoria Primera.1 RELVM* establece que, amén de la aplicación a los rótulos de establecimiento las disposiciones de dicho Reglamento en todo aquéllo que no les fuere incompatible con su propia naturaleza, les resultarán aplicables el artículo 15.2 –búsqueda de anterioridades–, el *Capítulo IV del Título II* –oposiciones y observaciones de terceros– y el *Título IV* –transmisiones, licencias y otras modificaciones de derechos– del citado Reglamento.

Ahora bien, la regulación transitoria o temporal de los rótulos de establecimiento se estructura sobre el *parámetro de la renovación*, derivando de su concurrencia o ausencia dos situaciones. De acuerdo con la primera –*Disposición Transitoria Tercera.2.a) LVM*–, los rótulos de establecimiento que se hallaren vigentes podrán ser renovados dentro de los seis primeros meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Ley, siendo el período máximo de renovación de siete años, computados desde la entrada en

vigor de dicha Ley²⁰⁹. En virtud de la segunda *-Disposición Transitoria Tercera.2.b) LVM-*, los rótulos de establecimiento que no hubieren sido objeto de renovación tras la entrada en vigor de la nueva Ley o los que, en base a la *Disposición Adicional Primera LVM*, hubieren sido concedidos con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, continuarán su existencia registral hasta la conclusión del período de diez o veinte años por el que hubieran sido concedidos o renovados por última vez. Ello no obstante, los rótulos de establecimiento que se hallaren en dicho supuesto y estuvieren sometidos al pago de quinquenios, habrán de abonar los mismos, bajo sanción de caducidad, en el plazo contemplado en la *Disposición Transitoria Segunda 2.b) o 3 LVM*.

Asimismo, es preciso analizar el *status* jurídico de los rótulos de establecimiento –bien en su vertiente positiva o activa, bien en su modalidad negativa o pasiva–, en tanto en cuanto los mismos mantuvieren su vigencia registral. Pues bien, en primer lugar y como rasgos configuradores del *status activo -Disposición Transitoria Tercera.3.a) LVM-*, cabe mencionar el régimen prohibitivo que deriva de los rótulos de establecimiento y los derechos que otorgan a su titular. En base a ello, se prohíbe el registro como marcas o nombres comerciales de los signos que fueren *idénticos* a un rótulo de establecimiento anteriormente solicitado o registrado para designar las *mismas actividades* que los productos, servicios o actividades para los que se solicitaren la marca o el nombre comercial. A tal fin, el titular del rótulo de establecimiento goza del derecho de oposición al registro de tales signos conforme al *artículo 19 LVM* o, en su caso, disfruta

²⁰⁹ A este respecto, cabe señalar que la solicitud y el procedimiento de renovación se ajustarán a lo dispuesto en los *artículos 26 a 28 RELVM*, en todo aquello que no fuere incompatible con su propia naturaleza o contrario a lo dispuesto en la Ley. En particular, a la renovación de los rótulos de establecimiento no le será aplicable el plazo de demora contemplado en el *artículo 32.3 LVM*, ni la indicación de los productos o servicios previstos en el *artículo 26.2.g) RELVM*, que deberá sustituirse por la indicación de los municipios, sucursales y actividades concretas para las que se solicitare la renovación –*Disposición Transitoria Primera.3 RELVM-*.

de la acción de nulidad de dichos signos en el supuesto de que hubieren sido registrados en contravención con lo dispuesto en el presente *párrafo a)*. En segundo lugar y como elemento definitorios del *status pasivo - Disposición Transitoria Tercera.3.b)* LVM-, podrá declararse la nulidad o caducidad de un rótulo de establecimiento en la forma y por las mismas causas establecidas para las marcas. Igualmente, podrá ser declarada la nulidad cuando el rótulo de establecimiento hubiere sido registrado aun cuando el mismo *no se distingiére suficientemente* de una marca, nombre comercial o rótulo de establecimiento -en este último caso, para el mismo término municipal- que fueren anteriores y para productos, servicios o actividades *idénticos o similares*. Como conclusión a este análisis del *status* jurídico, cabe poner de relieve que la *modalidad activa* del mismo resulta más débil o limitada que la *modalidad pasiva*, por cuanto que el *ius prohibendi* solamente alcanza a los *signos idénticos* y a la designación de las *mismas actividades* que los productos, servicios y actividades para los que se solicitare la marca o el nombre comercial, en tanto que el *ius prohibitivo* que ha de acatar se extiende, no a los casos de identidad, sino a los supuestos en los que *no se distingiére suficientemente* de otros signos y a la designación de productos, servicios o actividades no solamente idénticos sino también *similares*.

IV.3. Protección extrarregistral de los rótulos de establecimiento definitivamente cancelados

El régimen de la protección extrarregistral merece, ante todo, una enérgica crítica de técnica y sistemática jurídicas, por cuanto que el régimen material de tutela que de tales signos se establece, reenviándolo a las normas comunes de los *artículos 6 y 12 LCD*, formalmente se halla ubicado como *último párrafo* de la *Disposición Transitoria Tercera LVM*, en lugar de situarlo donde material y formalmente le correspondería, que es en la *Disposición Transitoria Cuarta LVM*.

Ahora bien, no obstante la tutela general otorgada por los citados preceptos de la Ley de Competencia Desleal, también se establece un régi-

men de protección específica o singular que, en todo caso, constituye una modalidad del *ius prohibendi* ya analizado en el apartado anterior.

En base a dicho régimen específico o singular, el titular o causahabiente de un rótulo de establecimiento que hubiere sido ya cancelado definitivamente, goza de un derecho de oposición frente al uso de una marca o nombre comercial en el término municipal para el que hubiere estado protegido registralmente, siempre que tales signos distintivos fueren posteriores e incompatibles con dicho rótulo en los términos fijados por la *Disposición Transitoria Tercera.3.a) LVM -Disposición Transitoria Cuarta.1 LVM-*. No obstante, el citado derecho de oposición decaerá si el titular del rótulo de establecimiento hubiere tolerado, con conocimiento de causa, durante cinco años consecutivos el uso de la marca o nombre comercial en el término municipal en el que dicho rótulo tuviera protección, a excepción de que la solicitud de tales signos distintivos se hubiere llevado a cabo de mala fe *-Disposición Transitoria Cuarta.2 LVM-*. Asimismo, los titulares de marcas o nombres comerciales registrados posteriormente no podrán oponerse al uso de los rótulos de establecimiento cuyo registro se hubiere cancelado definitivamente incluso en el supuesto de que, debido al régimen de tolerancia citado, no pudieran ya los mismos ser alegados contra las marcas o nombres comerciales posteriores *-Disposición Transitoria Cuarta.3 LVM-*. Finalmente, este régimen singular o específico de tutela se extinguirá a los veinte años de la cancelación registral o en el caso de que el rótulo de establecimiento dejare de ser usado por un plazo ininterrumpido de tres años *-Disposición Transitoria Cuarta.4 LVM-*.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA

I. OBRAS GENERALES

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2001.
- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*, edición a cargo de MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Madrid, 2002.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I*, coordinado por URÍA, Rodrigo & MENÉNDEZ, Aurelio, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, Madrid, 2003.

II. MONOGRAFÍAS

- BOTANA AGRA, Manuel: *La protección de las Marcas Internacionales. (Con especial referencia a España)*, Madrid, 1994.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: *Derecho de marcas y protección de los consumidores. El tratamiento del error del consumidor*, Madrid, 2000.
- *El sistema comunitario de marcas. (Normas, jurisprudencia y práctica)*, Valladolid, 2001.
- DE LAS HERAS LORENZO, Tomás: *El agotamiento del derecho de marca*, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984.
- *Derecho de Marcas*, Madrid, 1990.
- *El sistema comunitario de marcas*, Madrid, 1995.
- *Tratado de Derecho de Marcas*, Madrid, 2001.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*, Madrid, 1998.
- MASSAGUER FUENTES, José: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999.
- PORTELLANO DIEZ, Pedro: *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Madrid, 1995.
- ROBLES MORCHON, Gregorio: *Las marcas en el Derecho español. (Adaptación al Derecho Comunitario)*, Madrid, 1995.

III. ARTÍCULOS Y OBRAS COLECTIVAS

ALBACAR LÓPEZ, José Luis: *Tratamiento Jurisprudencial de la marca notoria*, en “El tratamiento de la marca en el tráfico jurídico-mercantil”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs.77 y ss.

ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: *Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. N.º.245”, Madrid, Julio-Septiembre 2002, págs. 1185-1231.

AREAN LALIN, Manuel: *La aptitud de una denominación para convertirse en marca*, en “Actas de Derecho Industrial. N.º.5”, Madrid, 1978, pág.477 y ss.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de 7 de Diciembre, de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. N.º.243”, Madrid, Enero-Marzo, 2002, págs.15-43.

BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: *Algunos aspectos de la Reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de Marcas*, en “Revista de Derecho Mercantil. N.º 245”, Madrid, Julio-Septiembre 2002, págs.1425-1460.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: *Importancia del Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas*, “Oficina Española de Patentes y Marcas: Cien años de marcas internacional”, Madrid, 1991, págs. 19 y ss.

CASADO CERVIÑO, Alberto: *Reforma de la Ley de Marcas de 1988 por exigencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea*, en “Propiedad Industrial y Competencia Desleal”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs.334 y ss.

- *Perspectiva Europea*, en “Seminario sobre la Nueva Ley de Marcas de 2001”, organizado por la Oficina Española de Patentes y Marcas en la Escuela de Organización Industrial, 17 y 18 de diciembre de 2001 –Texto de la Ponencia publicado en la «Sección Noticias» de la página web: www.oepm.es–.

CASADO CERVIÑO, Alberto & BORREGO CABEZAS, A.: *El riesgo de confusión en la Jurisprudencia comunitaria*, en “Actas de Derecho Industrial”, 1998, págs.169 y ss.

CASADO CERVIÑO, Alberto & LLOBREGAT HURTADO, M^a. Luisa (Coordinadores): *Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria*, Madrid, 2000.

DE ELZABURU, Alberto & MONTERO, J.G. & CASTAN, A.: *Una visión de la nueva Ley de Marcas*, en “Otro sí. Publicación Informativa del Colegio de Abogados de Madrid. N.º 33”, Madrid, Enero 2002, pág. 17.

DE LA FUENTE GARCÍA, Elena: *Las marcas*, en “Propiedad Industrial. Teoría y práctica”, VV.AA., Madrid, 2001, págs. 129 y ss.

DE MEDRANO CABALLERO, Ignacio: *El Derecho Comunitario de Marcas: la noción de riesgo de confusión*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 234”, Madrid, Octubre-Diciembre 1999, págs. 1515-1544.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *El nacimiento del derecho sobre la marca*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 106”, Madrid, 1966, págs. 210 y ss.

- *El relieve jurídico de la notoriedad de la marca «con especial referencia al riesgo de confusión»*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 102”, Madrid, 1969, págs.175 y ss.

- *La erosión del derecho de marca. (En torno al caso Hag)*”, en “II Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1975, págs. 31-60.

- *La aplicación de la regla de la especialidad a las marcas idénticas*, en “Actas de Derecho Industrial. N° 4”, Madrid, 1977, págs. 237 y ss.

- *Riesgo de asociación*, en “Actas de Derecho Industrial. XVIII”, Madrid, 1998, págs. 23 y ss.

- *Dos rasgos característicos de la Ley de Marcas de 2001*, en “La Ley”, Madrid, 3 de Mayo de 2002.

GÓMEZ MONTERO, Jesús: *Régimen transitorio de rótulos de establecimiento*, en “Seminario sobre la Nueva Ley de Marcas de 2001”, organizado por la Oficina Española de Patentes y Marcas en la Escuela de Organización Industrial, 17 y 18 de Diciembre de 2001 –texto de la Ponencia publicado en la “Sección Noticias” de la página web: www.oepm.es–.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *Fuerza distintiva y secondary meaning en el Derecho de los signos distintivos*, en “Estudios sobre Marcas”, coordinado por NAVARRO CHINCHILLA, José Justo & VÁZQUEZ GARCÍA, Ramón J., Granada, 1995, págs. 345 y ss./ y en “Cuadernos de Derecho y Comercio. N° 16”, Madrid, 1995, págs. 175 y ss.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Director): *Los derechos de protección intelectual en la Organización Mundial del Comercio. Dos Volúmenes*, Madrid, 1997.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *La marca y otros signos distintivos*, en “Derecho Mercantil. Volumen I”, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., Barcelona, 2002, págs. 637-656.

LLOBREGAT HURTADO, M^a. Luisa: *Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 227”, Madrid, Enero-Marzo 1998, págs. 51-116.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Angel: *La tutela de la marca no registrada. La experiencia italiana en materia de protección de la marca preusada en un ámbito local*, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 244”, Madrid, Abril-Junio 2002, págs. 825-841.

MASSAGUER FUENTES, José: *Marca*, en “Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III”, Madrid, 1995, págs. 4174 y ss.

MONTEAGUDO, Montinao: *El riesgo de confusión en Derecho de Marcas y en Derecho contra la Competencia Desleal*, en “Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1993, págs. 73 y ss.

OTERO LASTRES, José Manuel: *En torno a un concepto legal de marca*, en “Actas de Derecho Industrial. N° 6”, Madrid, 1979-1980, págs. 17 y ss.

RANGEL MEDINA, David: *La protección de las marcas notorias en la jurisprudencia mexicana*, en “Actas de Derecho Industrial. N° 10”, Madrid, 1984-1985, págs. 37 y ss.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Incidencias sobre el Derecho de los Estados Miembros*, en “Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria”, coordinado por CASADO CERVIÑO, Alberto & LLOBREGAT HURTADO, M^a Luisa, Madrid, 2000, págs. 1067 y ss.

TATO PLAZA, Anxo: *El derecho de marca en la Jurisprudencia Comunitaria*, en “Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1991-2, págs. 267 y ss.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: Límites de la “privatización” del Derecho de Marcas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado número 1450/2002, relativo al nuevo Reglamento de Marcas, en “Revista de Derecho Mercantil. N° 246”, Madrid, Octubre-Diciembre 2002, págs. 1999-2004.

El arrendamiento rústico en el Derecho Civil vasco (siglos XVI-XIX).

Las obligaciones de los contratantes y las consecuencias de su incumplimiento

SAIOA ARTIACH CAMACHO

Doctora en Derecho.

Técnica de Cooperación Internacional y Derechos Ciudadanos
de la Diputación Foral de Bizkaia

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 02/10/2014

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/02/2015

Resumen: El análisis del contrato de arrendamiento rústico durante los siglos XVI a XIX se centra en este artículo en el estudio del cumplimiento de sus cláusulas contractuales, las obligaciones que este contrato hacía surgir para las partes y las garantías de su cumplimiento, así como la posesión de los bienes arrendados, su uso y disfrute, el pago de las rentas, el régimen jurídico de las obras necesarias y mejoras y toda una serie de obligaciones tanto de omisión como otras, que caracterizaban la relación arrendaticia en esa época, configurando un instrumento jurídico de gran importancia dentro de la realidad social vasca.

Palabras clave: contrato de arrendamiento rústico, posesión de los bienes arrendados, uso y disfrute de los bienes arrendados, pago de la renta, obligaciones contractuales.

Landa errentamendua euskal zuzenbide zibilean (XVI-XIX. mendeak). Kontratugileen betebeharrak eta horiek ez betetzeak dakartzan ondorioak

Laburpena: Artikulu honetan azaltzen da nagusiki landa errentamenduaren kontratua, XVI- XIX. mende bitartean, euskal zuzenbide zibilaren esparruan. Bertan azaltzen dira kontratu horren klausulak eta horiek betetzea; halaber, kontratuaren ondorioz alderdiek euren ganatzen dituzten betebeharrak eta horiek betetzeko bermeak, bai eta errentan hartutako ondasunen edukitza, horien erabilera eta gozamina, errenten ordainketa, beharrezko lanen eta hobekuntzen araubide juridikoa eta beste hainbat betebeharrak, ez egitearen ondoriozkoak nahiz garai hartan errentamendu arloan bereizgarriak ziren bestelakoen ondoriozkoak; hartara, agerikari juridiko garrantzitsua eratzen da horren bidez, euskal gizartearen barnean gutiz esanguratsua gertatzen dena.

Gako-hitzak: landa errentamenduaren kontratua, errentan hartutako ondasunen edukitza, errentan hartutako ondasunen erabilera eta gozamina, errentaren ordainketa, kontratuaren ondoriozko betebeharrak.

Agricultural leases in Basque Civil Law (16th-19th century). The obligations of the contracting parties and the consequences derivative of breach

Abstract: An analysis of agricultural leases during the sixteenth to the nineteenth centuries which in this article focuses on the study of compliance of its contractual clauses, the parties' obligations derivative of the contract and the guarantees of compliance, as well as possession of the leased assets, its use and enjoyment, the payment of rents, the legal framework for the necessary works and improvements and an entire number of obligations both regards omission as well as others, which characterised the lease relationship at the time, establishing a very important legal instrument within the Basque social reality.

Key words: agricultural leases, ownership of leased assets, use and enjoyment of leased assets, payment of rent, contractual obligations.

SUMARIO. ABREVIATURAS. INTRODUCCIÓN. 1. EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO. 1.1. El cumplimiento de todas las cláusulas contractuales. 1.2. Las obligaciones del designado sucesor en el arrendamiento. 1.3. Las garantías para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. 1.3.1. *La fianza*. 1.3.2. *La persona y bienes de las partes*. 2. LA POSESIÓN DE LOS BIENES ARRENDADOS. 2.1. La entrega de los bienes. 2.2. El amparo del arrendatario en la pacífica posesión de los bienes. 2.2.1. *La exoneración del deber de amparo en la posesión*. 2.2.2. *Las consecuencias del incumplimiento del deber de amparo en la posesión*. 2.3. La restitución de los bienes. 3. EL USO Y DISFRUTE DE LOS BIENES ARRENDADOS. 3.1. El cuidado de los bienes. 3.2. La labranza y cultivo de las tierras. 3.3. La ocupación de los bienes. 3.4. El uso de los bienes por parte del arrendador. 4. EL PAGO DE LA RENTA. 4.1. Las condiciones de pago. 4.2. Las consecuencias del incumplimiento del pago. 5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS NECESARIAS Y MEJORAS. 5.1. Las mejoras. 5.1.1. *La mejora de las tierras*. 5.1.2. *La mejora de las edificaciones*. 5.2. Las obras necesarias. 6. LAS OBLIGACIONES DE OMISIÓN. 7. OTRAS OBLIGACIONES. 7.1. La entrega de la adehala. 7.2. La realización de trabajos por parte del arrendatario. 7.3. La entrega del producto de los montes. 7.4. El pago de las cargas reales. CONCLUSIONES.

ABREVIATURAS*

AGG-GAO	Archivo General de Gipuzkoa
CO ECI	Corregimiento Elorza Civiles
CO EEJ	Corregimiento Elorza Ejecutivos
CO LCI	Corregimiento Lecuona Civiles
CO LEJ	Corregimiento Lecuona Ejecutivos
CO MCI	Corregimiento Mandiola Civiles
CO MEJ	Corregimiento Mandiola Ejecutivos
CO UCI	Corregimiento Uria Civiles
CO UEJ	Corregimiento Uria Ejecutivos
IM	Inventario Munita

* Figura en negrita la denominación de cada archivo y su correspondiente abreviatura.

IG	Indeterminado General
IT	Inventario Topográfico
JD	Juntas y Diputaciones
OA	Archivo Fotográfico de Indalecio Ojanguren
PT	Protocolos
AHFB	Archivo Histórico Foral de Bizkaia
JCR	Judicial Corregimiento
JMA	Judicial Madariaga
JTB	Judicial Tenencia de Busturia
N	Notarial
AHPAL	Archivo Histórico Provincial de Álava
FOR	Administración foral y local
JUS	Justicia
PRO	Documentación notarial
AHPG-GPAH	Archivo Histórico de Protocolos de Gipuzkoa
A.M. Asparrena	Archivo Municipal de Asparrena
C.	Caja
M.	Fondo Municipal
N.	Número
ARCV	Archivo de la Real Chancillería de Valladolid
C.	Caja
PC	Pleitos civiles
(F)	Fenecidos
(Olv.)	Olvidados

ATHA	Archivo del Territorio Histórico de Álava
D. Gipuzkoa	Fondo Histórico de Diputación Foral de
DH. Gipuzkoa	Fondo Histórico de Diputación Foral de
F.E. Bustamante	Fondo Especial Bustamante
F.E. Salineros	Fondo Especial Salineros
F.E. Samaniego	Fondo Especial Samaniego
F.E. Varona	Fondo Especial Varona
F.E. Verástegui	Fondo Especial Verástegui
FSS	Fundación Sancho el Sabio
FSS_A.M.A._ANEXA	Archivo del Marqués de la Alameda, Anexa
FSS_A.M.A._ASTEGUIETA	Archivo del Marqués de la Alameda, Asteguieta
FSS_A.M.A._BORICA	Archivo del Marqués de la Alameda, Borica
FSS_A.M.A._MARZANA	Archivo del Marqués de la Alameda, Marzana
FSS_A.M.A._ROBLES	Archivo del Marqués de la Alameda, Robles
FSS_A.M.A._URBINA	Archivo del Marqués de la Alameda, Urbina
FSS_A.M.A._VELASCO	Archivo del Marqués de la Alameda, Velasco
FSS_A.M.A._VERASTEGUI	Archivo del Marqués de la Alameda, Verástegui
FSS_A.M.A._ZAVALA	Archivo del Marqués de la Alameda, Zavala
F. r°	Folio recto (anverso del folio)
F. v°	Folio vuelto (reverso del folio)

INTRODUCCIÓN

En los Territorios Históricos de Araba/Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, con anterioridad a la unificación legislativa efectuada por el Código Civil, regía el principio de libertad contractual y de pacto en materia de arrendamientos rústicos, de modo que las partes podían para llevar a cabo los acuerdos que consideraran necesarios en aras a la obtención de la finalidad perseguida por ambas. De esta forma, los contratantes establecían cláusulas de muy diversa índole, lo cual daba lugar a que en cada contrato se fijaran, tanto para el arrendador como para el arrendatario, las obligaciones que consideraran pertinentes y que constituían la denominada “*lex contractus*”, norma suprema en materia arrendaticia.

En este Trabajo analizamos las cláusulas que con mayor frecuencia eran incorporadas a los contratos, los principales deberes asumidos por las partes contratantes y las consecuencias a las que su incumplimiento daba lugar. Forma parte de una investigación más profunda y amplia que ha culminado con la defensa de mi Tesis Doctoral¹, a través de la cual se acredita que, con anterioridad a la Codificación, existía un Derecho Foral Vasco en el que la institución se inspiraba en unos principios y tenía unos contenidos de idéntica naturaleza en los tres Territorios Históricos, lo que justificaría y posibilitaría una política expansiva por parte del Parlamento Vasco, al servir las instituciones históricas como instituciones conexas de la legislación futura sobre arrendamientos rústicos.

Al respecto, debemos tener presente que el criterio seguido por el Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 149.1.8 de la Constitución española atribuye competencia legislativa en materia civil a los parlamentos autonómicos, siempre que legislen sobre materias relativas a instituciones conexas con las ya reguladas, dentro de una actualización o innovación de los contenidos, criterio que pone de relieve la necesidad de desvelar

¹ Vid. ARTIACH CAMACHO, S. *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014.

cuáles fueron las instituciones contractuales en el pasado. Asimismo, el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco dispone que el Parlamento tiene competencia para la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”. De este modo, a fin de prestar un importante servicio a la sociedad vasca, resulta necesario conocer una de sus señas de identidad, esto es, el Derecho de la etapa foral, lo cual únicamente puede ser logrado a través de la investigación científica.

Nuestra labor investigadora se ha desarrollado siguiendo el método trazado por el profesor LACRUZ BERDEJO², a lo largo de tres fases:

- a) En la primera, se procedió a la búsqueda y lectura de la documentación que fue objeto de estudio en las fases siguientes. Hemos trabajado principalmente sobre fuentes documentales notariales y judiciales, es decir, escrituras públicas y procesos judiciales a los que dieron lugar los contratos de arrendamiento rústico, cuya autenticidad queda garantizada porque proceden de archivos históricos. En concreto, leímos 2.673 documentos.
- b) Durante la segunda fase, seleccionamos, acotamos y ordenamos la documentación extraída en la primera fase, lo que dio lugar a la transcripción de los documentos que, atendiendo a su contenido, estado de conservación y distribución en el espacio y en el tiempo, resultan más representativos. En consecuencia, nuestro trabajo se centra en 382 documentos, de los cuales:
 - 169 versan sobre arrendamientos alaveses, 118 sobre arrendamientos guipuzcoanos y 95 sobre arrendamientos vizcaínos. Como puede observarse, el número de documentos pertenecientes a Araba/Álava es muy superior al de Gipuzkoa y Bizkaia, lo cual se debe

² Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. “Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón”. En *Anuario de Derecho Aragonés*, II, 1945, p. 128-135.

a que la documentación judicial existente en los archivos alaveses es cuantitativamente inferior a la de los otros territorios históricos; por ello, suplimos la falta de documentación judicial, tan rica en contenidos, con el estudio de un número mayor de escrituras públicas, teniendo en cuenta que los escribanos y notarios son protagonistas de la evolución del Derecho y los garantes de su aplicación.

- 230 son procesos judiciales civiles, 142 son escrituras públicas y 10 son documentos privados.
 - 7 documentos corresponden al siglo XVI, concretamente a la segunda mitad. Del siglo XVII, 14 pertenecen a la primera mitad y 26 a la segunda. 114 corresponden a la primera mitad del siglo XVIII y 124 a la segunda. Del siglo XIX, 87 pertenecen a la primera mitad y 10 a la segunda.
- c) En la tercera y última fase, nos dedicamos al análisis jurídico de los documentos seleccionados, empleando el método naturalístico o funcionalista, el análisis dogmático y el estudio de los Derechos nacionales distintos del Derecho foral vasco.

Dado que cada una de las afirmaciones vertidas en este trabajo tiene su fundamentación jurídica en la documentación analizada, hemos referido, de forma cronológica, documentos que las acreditan, pertenecientes a los tres territorios históricos y a cada uno de los siglos que componen el periodo al que se circunscribe nuestra investigación, siempre que la documentación lo ha permitido. No obstante, en relación con algunas categorías de gran entidad, se han citado varios documentos de un mismo periodo o territorio, a fin de dejar constancia indiscutible de su existencia.

1. EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RÚSTICO

1.1. El cumplimiento de todas las cláusulas contractuales

El arrendador y el arrendatario, por el hecho de celebrar el contrato de arrendamiento, quedaban obligados al cumplimiento de todas sus cláusulas, pero, en determinadas ocasiones, se establecía expresamente, como cláusula adicional, su deber de cumplir el contrato, a fin de establecer que, en caso de incumplimiento de esta obligación genérica, entrarían en juego las consecuencias acordadas. De este modo, mientras para los casos de incumplimiento del locador se preveía, en ciertos casos, la ejecución o el apremio³ y, en otros, el pago de una indemnización⁴, las consecuencias derivadas de la falta del cumplimiento de los deberes asumidos por el colono eran más variadas, de forma que se podía prever el desahucio⁵, la renovación del contrato⁶, el pago de los salarios de la cobranza⁷ –también denominados “costas de la cobranza” y cuyo importe era aquel que el arrendador debía satisfacer a la persona enviada a los bienes arrendados con el objetivo de lograr el cobro de la renta–, la ejecución o el apremio⁸ o la indemnización de todos los daños causados⁹.

³ AHFB JTB 0603/032 (1733, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa).

⁴ AGG-GAO CO MCI 1891 (1660, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 2692 (1724, Gipuzkoa); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 5033 (1808, Gipuzkoa).

⁵ AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava); AHFB JCR 3612/013 (1831, Bizkaia); AHFB JTB 0959/010 (1833, Bizkaia).

⁶ AHPAL JUS 29630 (1727, Araba/Álava).

⁷ AHFB JTB 0022/003 (1753, Bizkaia); ATHA FE. Samaniego Caja 41 N° 28 (1786, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa).

⁸ AHFB JCR 2608/039 (1665, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 1 (1707, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2299 (1761, Gipuzkoa); AHFB JCR 0668/001 (1774, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 12 (1813, Araba/Álava); AHFB JCR 0928/021 (1814, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa).

Asimismo, en los arrendamientos alaveses, resultaba habitual que el arrendatario tuviera que reintegrar la adehala entregada por el arrendador o que tuviera que pagar las rentas que, en principio, eran condonadas¹⁰.

1.2. Las obligaciones del designado sucesor en el arrendamiento

Nada obstaba para que el arrendador designara a una persona que le sucediera en el arrendamiento en el supuesto de que falleciera durante la vigencia del contrato, de tal modo que el sucesor pasaría a ocupar la posición del locador y, por ende, debería cumplir todas las obligaciones por él asumidas. Frecuentemente, se establecían las consecuencias a las que daría lugar el incumplimiento por parte del sucesor de los deberes del arrendador¹¹. En ciertos casos, la consecuencia consistía en abonar una indemnización al locatario; pero, en otros, debería pagar el importe de las mejoras ejecutadas por el arrendatario y sólo en el caso de que no lo hiciera estaría obligado indemnizar los daños causados, para lo cual procedería la ejecución.

El colono también podía designar a una persona para que le sucediera en el arrendamiento, que pasaría a ocupar su posición en caso de fallecimiento y, en consecuencia, debería cumplir todas las obligaciones asumidas en el contrato de arrendamiento¹².

⁹ AGG-GAO CO MCI 1891 (1660, Gipuzkoa); AHFB JCR 2608/039 (1665, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 3054 (1759, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 6 (1771, Araba/Álava); AHFB JCR 0668/001 (1774, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 12 (1813, Araba/Álava).

En ocasiones, el importe de la indemnización sería aquel que declarara el arrendador bajo juramento, sin necesidad de acreditarlo mediante otra prueba.

¹⁰ ATHA F.E. Bustamante Caja 66 N° 33 (1656, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 1 (1707, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11 (1818, Araba/Álava)

¹¹ AGG-GAO CO ECI 3326 (1749, Gipuzkoa); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia).

¹² ATHA F.E. Bustamante Caja 59 N° 66 (1721, Araba/Álava); AHFB JCR 1728/001 (1742, Bizkaia); AHPAL PRO 8547, f. 57 r° - 59 r° (1831, Araba/Álava); AHFB JCR 3685/013 (1854, Bizkaia).

1.3. Las garantías para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes

1.3.1. *La fianza*

El arrendatario, en numerosas ocasiones, se comprometía al cumplimiento de sus obligaciones junto con uno o varios fiadores, que asumían los mismos deberes que el obligado principal. En aquellos casos en los que el bien arrendado era de titularidad pública, siempre se ofrecía fianza, ya que en las condiciones bajo las que el arrendamiento era sacado a remate se dejaba constancia de la obligación de otorgarla, si bien el fiador propuesto por el locatario no siempre resultaba de la satisfacción del arrendador, por lo que, en tales casos, el mismo era rechazado y el arrendatario debía proponer a un nuevo fiador que fuera “llano, lego y abonado”¹³. En cambio, los casos en los que el locador asumía sus obligaciones junto con un fiador resultaban sumamente excepcionales¹⁴.

A la persona que actuaba como fiador le unía una relación de confianza con el arrendatario. En este sentido, resulta considerable el número de documentos en los que queda patente que ambos eran familiares¹⁵: hermanos, padre e hijo, cuñados, suegro y yerno, etc. Asimismo, el lugar de residencia del fiador era el mismo que el del locatario, incluso en los excepcionales casos en los que dicho lugar estaba fuera del Territorio Histórico en el que radicaban los bienes¹⁶. En ciertas ocasiones, actuaba

¹³ AGG-GAO CO LCI 2362 (1737, Gipuzkoa).

¹⁴ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa).

¹⁵ AGG-GAO CO MCI 2113 (1672, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LEJ 1765 (1743, Gipuzkoa); AHPAL JUS 18940 (1772, Araba/Álava); AHFB JCR 0925/016 (1787, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11, (1818, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 15 (1849, Bizkaia).

¹⁶ En AGG-GAO CO ECI 3126 (1745, Bizkaia) y en AHFB JCR 0925/016 (1787, Bizkaia), los fiadores eran guipuzcoanos, como el arrendatario, y los bienes radicaban en Bizkaia. En AHPAL PRO 8542, f. 482 r° - 485 r° (1826, Araba/Álava), los bienes estaban sitios en Araba/Álava, pero el arrendatario y su fiador eran guipuzcoanos. En AHPG-

como fiadora la persona que había sido arrendataria en un contrato de arrendamiento previo otorgado sobre los mismos bienes¹⁷ o incluso quien causaba el remate del arrendamiento por petición del que, posteriormente, se constituiría en arrendatario¹⁸.

El fiador se obligaba al cumplimiento de las obligaciones junto con el colono, de forma solidaria¹⁹. Así las cosas, a pesar de que la cláusula empleada en las escrituras contuviera los términos “de mancomún” e “*in solidum*”, lo cierto es que regía el principio de solidaridad. Sólo excepcionalmente se limitaba su responsabilidad, en cuyo caso se indicaba que si el arrendatario incumplía su obligación de pagar la renta acordada únicamente se podría proceder contra el fiador por el importe adeudado, los daños generados y las costas causadas como si fuera el deudor principal si previa y judicialmente se hubiera comunicado al fiador la existencia de la deuda²⁰. También existen casos en los que la garantía realizada a través del fiador se limita a la renta de un año²¹. Más inusual resultaba que el fiador lo fuera *in subsidium*, de forma que si el arrendatario no llevara a cabo sus deberes el arrendador sólo podría proceder contra el fiador si previamente se hubieran ejecutado los bienes del arrendatario²².

GPAH 3/218, f. 69 rº - 70 vº (1651, Gipuzkoa), tanto el fiador como el arrendatario tenían nacionalidad francesa y los bienes radicaban en Gipuzkoa.

¹⁷ AHPAL PRO 8540, f. 528 rº - 531 vº (1824, Araba/Álava); AHPAL PRO 8547, f. 57 rº - 59 rº (1831, Araba/Álava).

¹⁸ FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia).

¹⁹ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); AHFB JCR 1593/014 (1650, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2113 (1672, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 2658 (1739, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 36 (1764, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 21 (1780, Bizkaia); AHFB JCR 0769/116 (1801, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa).

²⁰ AHPAL PRO 1355, f. 200 rº - 203 vº (1792, Araba/Álava).

²¹ AHPAL PRO 8557, f. 1416 rº - 1418 rº (1841, Araba/Álava).

²² AHPAL PRO 8540, f. 528 rº - 531 vº (1824, Araba/Álava).

1.3.2. *La persona y bienes de las partes*

El arrendatario y el arrendador aseguraban el cumplimiento de sus respectivas obligaciones ofreciendo diversas garantías personales y reales. La más habitual consistía en sus respectivas personas y bienes, generalmente “presentes y futuros”²³, de forma que, en el supuesto de que incumplieran los deberes asumidos, podrían ser condenados con pena de prisión y ejecución de sus bienes, que serían embargados y vendidos mediante remate. No obstante, también era muy usual que las personas del locador y del colono no formaran parte de la garantía, de forma que estuviera constituida únicamente por los bienes de los que eran propietarios y de los que lo fueran en un futuro²⁴

Como regla general, en los contratos en los que intervenía un fiador, si el arrendatario ofrecía su persona y/o sus bienes como garantía, el fiador también ofrecía los suyos. Asimismo, en ciertas ocasiones, formaban parte de la garantía otorgada por el locador la persona de un tercero – generalmente, se trataba de su representante– y determinados bienes de los que este era propietario²⁵.

²³ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 1140 (1619, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 3, N. 1 (1741, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 3514 (1772, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 31 (1798, Bizkaia); AHFB JCR 1515/004 (1804, Bizkaia); AHPAL PRO 8544, f. 389 rº -290 vº (1828, Araba/Álava).

²⁴ AHPG-GPAH 3/971, f. 26 rº - 26 vº (1567, Gipuzkoa); AHPG-GPAH 3/218, f. 42 vº- 43 rº (1651, Gipuzkoa); AHPAL PRO 141, f. 101 rº - 104 rº (1719, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2103 (1746, Gipuzkoa); AHFB JTB 0420/089 (1783, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 1 (1842, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

²⁵ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); AHPG-GPAH 3/1033, f. 58 rº - 59 vº (1618, Gipuzkoa); AHFB JCR 1332/048 (1670, Bizkaia); AHPAL JUS 22956 (1709, Araba/Álava); AHFB JCR 0170/017 (1777, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 4144 (1790, Gipuzkoa).

2. LA POSESIÓN DE LOS BIENES ARRENDADOS

2.1. La entrega de los bienes

La principal obligación del arrendador consistía en la entrega de los bienes al arrendatario. Para individualizar el objeto del contrato, se indicaba si estaba compuesto sólo por tierras o, además, por caserías, molinos, ferrerías y herrerías, y se describía con detalle su ubicación y lindes. Además, se detallaban las condiciones concretas que deberían reunir, las cuales variaban en atención a las necesidades de las partes. Las más frecuentes consistían en que los bienes estuvieran en buen estado, que los tejados estuvieran en condiciones adecuadas y que las tierras estuvieran aradas, sembradas y cerradas²⁶.

Cuando formaba parte del objeto del contrato molinos o ferrerías, el locador debería entregarlos “corrientes y molientes” y “corrientes y labrantes”, respectivamente²⁷. También tendría que entregar los cauces, acequias, antéparas y caminos limpios, para que no hubiera problemas en el discurrir de las aguas²⁸, así como incluir las herramientas existentes en el molino o ferrería²⁹, de las que podía acordarse la realización de un inventario.

Por otra parte, el arrendador debía proceder a la entrega de los bienes en el momento acordado³⁰, que, generalmente, coincidía con el día fija-

²⁶ AHPG-GPAH 3/955, f. 60 rº - 61 vº (1571, Gipuzkoa); AHPG-GPAH 3/218, f. 69 rº - 70 vº (1651, Gipuzkoa); ATHA F.E. Verástegui Caja 26 Nº 3.3 (1722, Araba/Álava); AHFB JCR 2230/ 013 (1747, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 4030 (1771, Gipuzkoa).

²⁷ FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa); AHPAL PRO 1304, f. 1059 rº - 1066 vº (1774, Araba/Álava).

²⁸ AHFB JCR 3281/018 (1675, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 4030 (1771, Gipuzkoa).

²⁹ AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8557, f. 1416 rº - 1418 rº (1841, Araba/Álava).

³⁰ AGG-GAO CO MCI 916 (166, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); AHFB JCR 3532/003 (1786, Bizkaia); AHFB JCR 0230/022 (1804, Bizkaia).

do para el inicio del contrato, si bien, en ocasiones, algunos bienes tendrían que ser entregados con posterioridad, en concreto, cuando finalizara el arrendamiento que previamente había sido otorgado sobre tales bienes a favor de otro arrendatario. En ciertos casos, se establecían las consecuencias a las que daría lugar el incumplimiento por parte del arrendador de las obligaciones asumidas en relación con su deber de entregar los bienes al arrendatario, consistentes en el pago de una indemnización por cada día que el arrendatario anterior no los desocupara³¹.

2.2. El amparo del arrendatario en la pacífica posesión de los bienes

Salvo pacto en contrario, a lo largo de la vigencia del contrato, el arrendador debía mantener y amparar al arrendatario en la pacífica posesión de los bienes arrendados, de modo que ninguna persona le despojara de su uso. De este modo, el locador no podría arrendar los bienes a otra persona, ni siquiera en el caso de que le ofreciera una renta superior a la acordada con el colono.

Cuando no se concretaba esta obligación, es decir, cuando únicamente se indicaba que el arrendador estaría obligado a mantener al arrendatario en la pacífica posesión de los bienes, era una especie de redundancia, destinada a ratificar la obligación del arrendador de sujetarse al plazo de duración estipulado³². Pero, como veremos a continuación, en numerosas ocasiones se precisaba con detalle el alcance de este deber, de manera que su contenido era más amplio que el simple respeto al plazo de duración acordado.

Por un lado, esta obligación implicaba que el arrendador no podría enajenar los bienes, salvo que en el contrato de enajenación se respetaran las

³¹ AGG-GAO CO UEJ 1288 (1779, Gipuzkoa).

³² AHFB JCR 1593/014 (1650, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2419 (1696, Gipuzkoa); AHPAL PRO 265, f. 117 rº - 117 vº (1706, Araba/Álava); AHFB JCR 0144/052 (1764, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4467 (1785, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LCI 5200 (1831, Gipuzkoa); AHFB JCR 1683/024 (1854, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

cláusulas del contrato de arrendamiento³³. Por otro lado, teniendo en cuenta que, en determinadas épocas, el arrendatario tenía la obligación de desocupar los bienes antes de la finalización del plazo contractual si el arrendador necesitaba los bienes para ocuparlos por sí mismo, en ocasiones, se pactaba la renuncia del locador a este derecho, con lo que el contenido de la obligación de amparo en la pacífica posesión quedaba ampliado³⁴. Igualmente, en Bizkaia, era frecuente que el arrendador se obligara a la evicción, seguridad y saneamiento del arrendamiento³⁵.

2.2.1. *La exoneración del deber de amparo en la posesión*

Cuando el arrendador no estaba dispuesto a amparar al colono en la pacífica posesión de los bienes bajo cualquier circunstancia, se establecían excepciones a esta obligación, con lo que el arrendatario debería desocuparlos antes de la finalización del contrato si se producía alguna de las condiciones acordadas³⁶, consistentes en que se produjera un caso fortuito³⁷, que concurriera alguna de las circunstancias tasadas por la Partida 5, Título 8, Ley 6³⁸, o que el arrendatario incumpliera sus obligaciones³⁹.

No obstante, el principio de libertad contractual y de pacto existente en los tres Territorios Históricos desde el siglo XVI hasta el siglo XIX

³³ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LEJ 1048 (1648, Gipuzkoa).

³⁴ AGG-GAO CO LCI 2585 (1746, Gipuzkoa).

³⁵ AHFB JCR 1280/022 (1698, Bizkaia); AHFB JCR 0459/029 (1766, Bizkaia); AHFB JCR 3612/013 (1831, Bizkaia).

³⁶ AGG-GAO CO MEJ 2106 (1747, Gipuzkoa); AHFB JCR 0405/018 (1755, Bizkaia); FSS_A.AS._ASTEGUIETA, C. 3, N. 7 (1771, Araba/Álava); AHFB JCR 0391/002 (1801, Bizkaia).

³⁷ FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia).

³⁸ AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); AHFB JCR 3685/013 (1854, Bizkaia).

³⁹ AHFB JCR 3213/008 (1655, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11 (1818, Araba/Álava); AHPAL PRO 11655, f. 77 rº - 83 vº (1826, Araba/Álava); ATHA EE.Varona Caja 63 Nº 10.3 (1841, Araba/Álava).

daba lugar a que las condiciones fueran de diversa índole, de forma que también podían estar relacionadas con el deseo o la necesidad del arrendador o de sus hijos de habitar los bienes⁴⁰ –bien porque alguno de ellos contrajera matrimonio o bien porque el propio arrendador quisiera o debiera trasladarse a vivir al lugar en el que radicaban– o incluso hacerlas depender de una conveniencia económica del locador, de modo que el arrendatario debería dejar libres los bienes si el arrendador conseguía enajenarlos o si lograba arrendarlos como parte integrante de un objeto contractual que englobara un número de bienes mayor.

Pero, en ciertos casos, el desocupo antes de la finalización del plazo contractual no estaba sujeto a condición alguna, sino que debía producirse en las fechas acordadas, en todo caso. Así, se consensuaba que el arrendatario desocupara la lonja que formaba parte del objeto contractual dos veces al año, para que el arrendador pudiera utilizarla; o incluso se pactaba que dejara libre parte de los bienes, a fin de que el arrendatario entrante pudiera pasar a ocuparlos. En este sentido, resulta significativo que en determinados contratos el locatario asumiera de forma expresa el deber de permitir al arrendatario entrante sembrar nabo en las tierras arrendadas durante el último año del plazo de duración del contrato⁴¹.

2.2.2. *Las consecuencias del incumplimiento del deber de amparo en la posesión*

Si el arrendador incumplía alguna de las obligaciones relacionadas con el amparo del arrendatario en la posesión de los bienes, tendrían lugar las consecuencias que se hubieran pactado, entre las que destacan las siguientes: *a)* apremio⁴²; *b)* condonación de la renta de un año⁴³; *c)* rebaja

⁴⁰ FSS_A.AS._ASTEGUIETA, C. 3, N. 7 (1771, Araba/Álava).

⁴¹ AHFB JTB 0420/089 (1783, Bizkaia). Si esta obligación venía establecida por Derecho consuetudinario, era la autoridad judicial quien prohibía impedir al arrendatario entrante la siembra, como puede verse en AGG-GAO CO MCI 2692 (1724, Gipuzkoa).

⁴² AGG-GAO CO LCI 2810 (1751, Gipuzkoa); AHFB JCR 0459/029 (1766, Bizkaia); FSS_A.AS._ASTEGUIETA, C. 3, N. 7 (1771, Araba/Álava).

⁴³ AGG-GAO CO MCI 2640 (1718, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 3271 (1748, Gipuzkoa).

del importe de la renta⁴⁴; d) reintegro la renta abonada anticipadamente⁴⁵; e) pago del importe de las obras necesarias ejecutadas por el arrendatario⁴⁶; f) pago del importe de las mejoras ejecutadas por el arrendatario⁴⁷; g) cumplimiento de las penas establecidas por Derecho⁴⁸.

Asimismo, existen dos consecuencias que presentan un especial interés. En primer lugar, el locador debería entregar al colono otros bienes que tuvieran las mismas características que los arrendados⁴⁹. En ocasiones, se especificaba que deberían radicar en un lugar que reuniera las condiciones de aquel en el que estuviera sito el bien arrendado, que la entrega se debería efectuar por el tiempo que faltara para cumplir el plazo de duración del contrato y que la renta a abonar por el arrendatario sería la misma. Ocasionalmente, se acordaba que los bienes sustitutivos deberían incluir las mejoras que hubiera ejecutado el arrendatario. En segundo lugar, el arrendador debería indemnizar al locatario⁵⁰ y, en caso de que no lo hiciera, sería ejecutado por el correspondiente importe. Unas veces, se establecía que dicho importe sería el que manifestara el arrendatario bajo juramento,

⁴⁴ AHPAL JUS 20300 (1797, Araba/Álava).

⁴⁵ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia).

⁴⁶ AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa).

⁴⁷ ATHA F.E. Bustamante Caja 59 N° 37 (1643, Araba/Álava); AGG-GAO CO MCI 2113 (1672, Gipuzkoa); AHFB JCR 1767/014 (1709, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 3326 (1749, Gipuzkoa); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia).

⁴⁸ AHPAL JUS 22956 (1709, Araba/Álava); AHFB JCR 3612/013 (1831, Bizkaia).

⁴⁹ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 r° - 49 v° (1599, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 1917 (1661, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AHFB JCR 1388/012 (1727, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2211 (1752, Gipuzkoa); AHPAL PRO 9281, f. 157 r° - 158 v° (1811, Araba/Álava); AHFB JCR 1682/020 (1866, Bizkaia).

⁵⁰ AHPG-GPAH 3/971, f. 27 r° - 27 v° (1567, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2113 (1672, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 1961 (1725, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 3, N. 1 (1741, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 21 (1780, Bizkaia); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 r° - 83 v° (1826, Araba/Álava).

sin necesidad de acreditarlo mediante otra prueba⁵¹. Otras, se indicaba que la indemnización sería calculada de conformidad con lo establecido por la Partida 5, Título 8, Ley 21, de forma que el arrendador debería abonar al arrendatario el importe de las labores realizadas, el precio del arrendamiento desde que se le hubiera inquietado, los beneficios que habría logrado y demás daños, gastos, intereses y costas.

2.3. La restitución de los bienes

El locatario debía restituir los bienes al arrendador una vez finalizaba la vigencia del contrato, salvo en los casos en los que ostentara un derecho de retención sobre los mismos por las mejoras que hubiera ejecutado. Además, en ocasiones, las partes acordaban expresamente la necesidad de que el arrendador realizara un preaviso con una antelación determinada para poder exigir al arrendatario el desocupo de los bienes, pues, de lo contrario, debería pagarle una indemnización⁵² o renovar el contrato de arrendamiento⁵³. También se realizaban estipulaciones que implicaban que el arrendatario tuviera que preavisar al arrendador con cierta antelación para poder dejar los bienes libres, de modo que si los desocupaba sin realizar el preaviso debería pagarle una indemnización por los daños generados⁵⁴, soportar la renovación del contrato de arrendamiento⁵⁵ o permitir la prórroga de su vigencia durante el número de años acordado⁵⁶.

⁵¹ AHPAL PRO 141, f. 170 rº - 181 rº (1719, Araba/Álava); AHFB JCR 0405/018 (1755, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 rº - 83 vº (1826, Araba/Álava).

⁵² FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 28 (1793, Bizkaia).

⁵³ AHPAL PRO 1304, f. 1059 rº - 1066 vº (1774, Araba/Álava).

⁵⁴ AHPAL PRO 652, f. 81 rº - 86 rº (1749, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 28 (1793, Bizkaia).

⁵⁵ ATHA F.E. Bustamante Caja 12 Nº 48 (1715, Araba/Álava); ATHA F.E. Bustamante Caja 59 Nº 16 (1805, Araba/Álava).

⁵⁶ AGG-GAO CO LEJ 1048 (1648, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); ATHA F.E. Samaniego Caja 19 Nº 13 (1803, Araba/Álava).

Frecuentemente, las partes describían muy específicamente las condiciones que deberían reunir los bienes en el momento de su restitución, entre las que destacan las que estudiaremos a continuación.

En ocasiones, se indicaba, de forma genérica, que el locatario debería dejar los bienes en el estado en que los recibió⁵⁷. A fin de evitar disputas en relación con la situación en la que se hallaban los bienes al inicio y al final del contrato, resultaba frecuente que se realizara una tasación pericial de los mismos en ambos momentos y que el arrendatario asumiera el compromiso de que el importe de la tasación final se correspondería con el de la tasación inicial⁵⁸. En caso de que, tras la realización de un reconocimiento pericial final, resultara que el colono no hubiera cuidado los bienes de manera adecuada y, en consecuencia, hubieran sufrido detrimentos o desperfectos, debía satisfacer una indemnización al locador. Resultaba habitual que el arrendatario se obligara a restituir los bienes mejorados⁵⁹, lo cual pone de manifiesto uno de los principios inspiradores del contrato de arrendamiento de la época, consistente en que el locatario asumía el compromiso de que los bienes fueran en aumento y nunca en disminución. Sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XVIII y la primera del siglo XIX, en

⁵⁷ AHPG-GPAH 3/955, f. 60 rº - 61 vº (1571, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AHPG-GPAH 3/218, f. 69 rº - 70 vº (1651, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 24 (1772, Araba/Álava); AGG-GAO CO UEJ 1349 (1792, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 254, N. 35 (1807, Araba/Álava); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia).

⁵⁸ AHFB JCR 3972/001 (1647, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2106 (1747, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 27 (1792, Bizkaia); AHPAL PRO 8540, f. 528 rº - 531 vº (1824, Araba/Álava).

⁵⁹ AGG-GAO CO MCI 1891 (1660, Gipuzkoa); AHPAL PRO 141, f. 170 rº - 181 rº (1719, Araba/Álava); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 254, N. 35 (1807, Araba/Álava); AHFB JCR 1990/009 (1861, Bizkaia).

los tres Territorios Históricos, las partes solían acordar expresamente que el arrendamiento fuera “a peora y mejora”⁶⁰.

Cuando los bienes arrendados eran molinos, en el momento de la restitución deberían estar “corrientes y molientes” y cuando eran herrerías o ferrerías deberían estar “corrientes y labrantes”⁶¹.

En el Territorio Histórico de Araba/Álava, también era frecuente que el arrendatario tuviera que dejar en barbecho la porción de tierras acordada, a fin de que el arrendatario entrante pudiera sembrar en ellas⁶².

Al finalizar el contrato, las tierras arrendadas deberían estar bien tratadas, labradas y cultivadas, aspecto este que preocupaba especialmente a los colonos alaveses⁶³.

En ciertas ocasiones, se indicaban que, además de la restitución de los bienes raíces arrendados, el arrendatario debería entregar al arrendador determinada cantidad de estiércol, fiemo y paja⁶⁴, los frutos pendientes⁶⁵

⁶⁰ FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 17 (1761, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); AHPAL PRO 9965, f. 119 rº - 120 vº (1789, Araba/Álava); AHPAL PRO 8540, f. 528 rº - 531 vº (1824, Araba/Álava).

⁶¹ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); AHFB JCR 3292/008 (1688, Bizkaia); AHPAL PRO 1304, f. 1059 rº - 1066 vº (1774, Araba/Álava); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8585, f. 62 rº - 64 vº (1818, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 15 (1849, Bizkaia).

⁶² ATHA FE. Bustamante Caja 59 Nº 37 (1643, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 24 (1772, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava).

⁶³ ATHA FE. Bustamante Caja 66 Nº 33 (1656, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2104 (1746, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 30, N. 52 (1775, Araba/Álava); AHFB JCR 0420/066 (1799, Bizkaia); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11 (1818, Araba/Álava).

⁶⁴ AHFB JCR 0871/034 (1713, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2692 (1724, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LCI 2585 (1746, Gipuzkoa); AGG-GAO CO UEJ 1137 (1762, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 5033 (1808, Gipuzkoa).

⁶⁵ AGG-GAO CO LEJ 1048 (1648, Gipuzkoa); AHFB JCR 1036/021 (1708, Bizkaia); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 rº - 83 vº (1826, Araba/Álava).

y ciertos bienes muebles, entre los que destacan las cubas y lagares⁶⁶. Cuando los molinos y ferrerías formaban parte del objeto contractual, solía indicarse que el locatario restituyera también las herramientas⁶⁷ y enseres (tales como pesos y balanzas)⁶⁸, para cuya comprobación podía acordarse la realización de un inventario.

Con cierta frecuencia, las partes detallaban de forma especialmente minuciosa las condiciones que deberían incluir los bienes en el momento de su restitución⁶⁹, indicando que los cauces deberían estar limpios, que las tierras habrían de estar cavadas de una manera concreta y que los bienes deberían conservar las puertas, ventanas, cerraduras y llaves que tenían al inicio del contrato⁷⁰, cuestión esta última regulada sobre todo en los contratos alaveses.

Si el colono incumplía alguna de las obligaciones asumidas en relación con la restitución de los bienes, debería cumplir las consecuencias que hubieran sido establecidas, consistentes en indemnizar los perjuicios causados⁷¹, pagar la renta de vacío⁷², reintegrar la adehala que le hubiera entre-

⁶⁶ AHFB JCR 0284/048 (1659, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 1 (1707, Araba/Álava).

⁶⁷ AHFB JCR 3972/001 (1647, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 15 (1849, Bizkaia).

⁶⁸ FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

⁶⁹ AHFB JCR 1593/014 (1650, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 2212 (1728, Gipuzkoa); AHPAL JUS 19146 (1767, Araba/Álava); AHFB JCR 0163/016 (1787, Bizkaia); AHPAL PRO 8542, f. 253 rº - 255 vº (1826, Araba/Álava); AHFB JCR 3685/013 (1854, Bizkaia).

⁷⁰ AGG-GAO CO LCI 2585 (1746, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 36 (1764, Araba/Álava); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

⁷¹ FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO LEJ 1048 (1648, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 1 (1707, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 27 (1792, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1349 (1792, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

⁷² AGG-GAO CO ECI 3130 (1745, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MEJ 2070 (1747, Gipuzkoa).

gado el arrendador⁷³, ser desahuciado⁷⁴ o sufrir la ejecución o el apremio⁷⁵. En el Territorio Histórico de Araba/Álava, también se establecía que procedería la renovación del contrato o su prórroga durante el número de años necesario para que el arrendatario restituyera los bienes en las condiciones acordadas⁷⁶.

3. EL USO Y DISFRUTE DE LOS BIENES ARRENDADOS

3.1. El cuidado de los bienes

Todo arrendatario tenía la obligación de cuidar los bienes arrendados, independientemente de que se hiciera constar o no en el contrato de arrendamiento. Pero, en muchos casos, el contrato recogía expresamente esta obligación, a fin de reforzar su cumplimiento. Así, existen documentos en los que se contempla, de forma general, la obligación del locatario de cuidar los bienes⁷⁷ o de regirlos y gobernarlos de forma diligente⁷⁸.

⁷³ ATHA FE. Bustamante Caja 12 N° 48 (Araba/Álava).

⁷⁴ AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 r° - 83 v° (1826, Araba/Álava).

⁷⁵ AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2104 (1746, Gipuzkoa); ATHA FE. Samaniego Caja 41 N° 27 (1783, Araba/Álava); ATHA FE. Bustamante Caja 59 N° 16 (1805, Araba/Álava).

⁷⁶ ATHA FE. Bustamante Caja 59 N° 37 (1643, Araba/Álava); AHPAL JUS 18993 (1743, Araba/Álava); ATHA FE. Bustamante Caja 59 N° 16 (1805, Araba/Álava).

⁷⁷ AHFB JCR 3452/015 (1694, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2640 (1718, Gipuzkoa); AHFB JCR 0980/033 (1778, Bizkaia); AHPAL PRO 9965, f. 119 r° - 120 v° (1789, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa); ATHA FE. Varona Caja 63 N° 10.3 (1841, Araba/Álava); AHFB JCR 1682/020 (1866, Bizkaia).

⁷⁸ AHFB JCR 0284/048 (1659, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 1 (1707, Araba/Álava); AGG-GAO CO MCI 4467 (1785, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 28 (1793, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava); AHFB JCR 3970/004 (1826, Bizkaia).

Sin embargo, en numerosos arrendamientos, el colono no asumía expresamente el deber general de cuidar los bienes —que, por el hecho de ser arrendatario, tenía—, pero sí se obligaba a llevar a cabo conductas específicas de cuidado. Por lo que respecta a las tierras, debía beneficiarlas⁷⁹, abonarlas⁸⁰, realizar cavas⁸¹ y podas⁸², conservar sus cerraduras⁸³ y abrir, limpiar y conservar las acequias, ríos, caudales, islas, zanjas y ribazos⁸⁴, obligación esta presente básicamente en los arrendamientos alveases. En cuanto a las herrerías y molinos, tenía que manejar de forma segura su maquinaria⁸⁵ y calafatear las antéparas⁸⁶.

Asimismo, desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la primera del XIX, en los Territorios Históricos de Araba/Álava y Bizkaia, las partes estipulaban el destino que debería dar el arrendatario a cada uno de los bienes arrendados⁸⁷. De este modo, asumía deberes tales como almacenar

⁷⁹ AHFB JTB 0603/032 (1733, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 3402 (1751, Gipuzkoa); ATHA FE.Varona Caja 63 N° 10.3 (1841, Araba/Álava); AHFB JCR 1682/020 (1866, Bizkaia).

⁸⁰ AHFB JCR 3452/015 (1694, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2640 (1718, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 64, N. 3 (1737, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 28 (1793, Bizkaia); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa).

⁸¹ AHFB JCR 0342/006 (1637, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2106 (1747, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 36 (1764, Araba/Álava); AHPAL PRO 8562, f. 281 r° - 282 v° (1844, Araba/Álava).

⁸² AHFB JCR 0216/008 (1816, Bizkaia).

⁸³ AGG-GAO CO ECI 3402 (1751, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 24 (1772, Araba/Álava); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

⁸⁴ FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 2 (1729, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 3254 (1763, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 31 (1798, Bizkaia); AHFB JCR 0928/021 (1814, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 58 (1865, Araba/Álava).

⁸⁵ AHPAL PRO 8540, f. 528 r° - 531 v° (1824, Araba/Álava).

⁸⁶ AHFB JCR 2230/013 (1747, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa).

⁸⁷ AHPAL JUS 19146 (1767, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 109, N. 8, D. 4 (1785, Bizkaia); ATHA FE. Samaniego Caja 1 N° 25 (1805, Araba/Álava); AHFB JCR 3674/005 (1805, Bizkaia).

la paja en la pajera o en el lagar de la casa, echar el fruto de la uva en el lago y tina arrendados, utilizar el corral para el aprovechamiento de basuras, emplear el horno para cocer el pan necesario para su subsistencia, utilizar el molino para deshacer la oliva y moler el trigo y destinar la lonja al almacenamiento del hierro que se labrara en la ferrería arrendada.

Para el supuesto de que el colono incumpliera las obligaciones asumidas en relación con el cuidado de los bienes, en ocasiones, se establecían las correspondientes consecuencias. Las más habituales eran el desahucio⁸⁸, el pago de una indemnización por los daños causados⁸⁹ y el pago de la renta de vacío⁹⁰, pero, cuando así se hubiera pactado, debería reponer los bienes al estado en que los hubiera recibido⁹¹ o permitir que todas las obras y mejoras por él realizadas pasaran a pertenecer al arrendador⁹².

Desde finales de la primera mitad del siglo XVII hasta la primera mitad del siglo XIX, el cuidado de los bienes arrendados no era un deber atribuible exclusivamente al arrendatario, ya que el locador también asumía la obligación de realizar diversas acciones relacionadas con el cuidado de los mismos⁹³. Unas veces, lo haría de forma directa, obligándose a efectuar las

⁸⁸ AHPAL PRO 2221, f. 243 rº - 244 vº (1787, Araba/Álava); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 rº - 83 vº (1826, Araba/Álava).

⁸⁹ AHFB JCR 3213/008 (1655, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 1917 (1661, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 1 (1707, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2344 (1764, Gipuzkoa); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8540, f. 528 rº - 531 vº (1824, Araba/Álava); AHFB JCR 1682/020 (1866, Bizkaia).

⁹⁰ FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 2 (1729, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 3326 (1749, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8585, f. 62 rº - 64 vº (1818, Araba/Álava).

⁹¹ AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa).

⁹² AGG-GAO CO ECI 3326 (1749, Gipuzkoa).

⁹³ AHFB JCR 3452/015 (1694, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 1 (1746, Araba/Álava); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa); AHFB JCR 3450/002 (1790, Bizkaia); AHFB JCR 0928/021 (1814, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11, 1818, Araba/Álava).

cavas que resultaran necesarias, cerrar las tierras o sacar el ganado que entrara en ellas. Otras, se comprometía a ayudar al arrendatario en la realización de sus labores de cuidado; en este sentido, se obligaba a entregarle los materiales o la cantidad dineraria acordados para que cerrara y cultivara las tierras arrendadas o asumía el deber de abonarle parte del coste de las cavas, reposiciones de ribazos y aperturas de zanjas.

3.2. La labranza y cultivo de las tierras

El arrendatario, por el mero hecho de serlo, debía labrar y cultivar las tierras arrendadas, de modo que, bajo ningún concepto, quedaran desamparadas, si bien, en ocasiones, se pactaban las condiciones concretas en las que debería hacerlo. A este respecto, para evitar que el locatario subarrendara las tierras o, simplemente, dejara su cuidado a un tercero, durante la primera mitad del siglo XIX, en los Territorios Históricos de Araba/Álava y Bizkaia se establecía que las labores de labranza y cultivo deberían ser realizadas por sí mismo, por sus familiares o por jornaleros que trabajaran bajo su dirección⁹⁴; y cuando se procedía al arrendamiento de viñas –lo cual ocurría sobre todo en Araba/Álava y Bizkaia–, se regulaban detalladamente las labores a realizar, que consistían en atar, reparar, podar, cavar, viñar, espergurar, murgonar, recorrer, sarmentar, rodar y cortar⁹⁵.

Era habitual que se fijaran las consecuencias del incumplimiento por parte del colono de su obligación de labrar y cultivar las tierras. De este modo, debería pagar al arrendador la renta de vacío⁹⁶, indemnizarle los

⁹⁴ AHPAL PRO 8541, f. 665 rº - 666 vº (1825, Araba/Álava); AHFB JCR 3612/013 (1831, Bizkaia).

⁹⁵ AHFB JCR 0342/006 (1637, Bizkaia); AHPAL JUS 19184 (1703, Araba/Álava); AHFB JCR 1028/008 (1757, Bizkaia); AHPAL JUS 29671 (1803, Araba/Álava).

⁹⁶ AHPAL JUS 18175 (1668, Araba/Álava); FSS_A.M.A._ANEXA, C. 271, N. 13 (1706, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 2835 (1753, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 31, N. 59 (1814, Araba/Álava).

perjuicios causados⁹⁷ y reintegrarle la adehala⁹⁸. No obstante, en un amplio número de documentos se hace hincapié en este deber, sin fijar las consecuencias de su incumplimiento y sin describir detalladamente las actividades concretas a desempeñar por el arrendatario, de manera que la única finalidad perseguida consistía en establecerlo de forma expresa⁹⁹.

3.3. La ocupación de los bienes

El locatario no podía desamparar los bienes arrendados, de modo que debía ocuparlos, cumpliendo siempre las condiciones acordadas, que variaban en atención a las necesidades de las partes. Así, en ciertos casos el colono se obligaba a ocupar los bienes arrendados en compañía de un familiar concreto. Otras veces, se le prohibía ocuparlos en solitario, en el sentido de que debería residir en ellos, además, una familia en la que existiera una mujer (en caso de que el locatario fuera un hombre) o un hombre (si la arrendataria era una mujer). Sin embargo, cuando un molino formaba parte del objeto contractual, en ciertas ocasiones, el colono se comprometía a regirlo y gobernarlo por sí mismo o por una persona que satisficiera los intereses del arrendador.

Como regla general, no se establecían las consecuencias del incumplimiento de la obligación de ocupar los bienes en las condiciones acordadas¹⁰⁰, pero, en ciertos casos, sí quedaban estipuladas, siendo las más fre-

⁹⁷ AHPAL JUS 20480 (1716, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 1961 (1725, Gipuzkoa); AHPAL JUS 19146 (1767, Araba/Álava); ATHA F.E. Bustamante Caja 59 N° 16 (1805, Araba/Álava); AHFB JCR 1682/020 (1866, Bizkaia).

⁹⁸ AHPAL PRO 265, f. 117 r° - 117 v° (1706, Araba/Álava).

⁹⁹ AGG-GAO CO MCI 1566 (1641, Gipuzkoa); AHFB JCR 2608/039 (1665, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 62, N. 14 (1730, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2491 (1774, Gipuzkoa); AHFB JCR 0929/005 (1788, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 5033 (1808, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8547, f. 57 r° - 59 r° (1831, Araba/Álava); AHFB JCR 3685/013 (1854, Bizkaia).

¹⁰⁰ AHFB JCR 0342/006 (1637, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 1843 (1657, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AHFB JCR

cuentas el abono de la renta de vacío¹⁰¹ y de la indemnización de los daños causados¹⁰². En Araba/Álava, además, se preveía el apremio o ejecución¹⁰³ y en Gipuzkoa se determinaba que las mejoras pasarían a pertenecer al arrendador cuando finalizara el contrato¹⁰⁴.

3.4. El uso de los bienes por parte del arrendador

Cuando así se establecía en el contrato de arrendamiento, el locador tendría derecho al uso de algunos bienes a lo largo de toda la duración del contrato¹⁰⁵, de tal modo que el arrendatario asumía que podría criar ganado en la caballeriza, plantar árboles y trasmocharlos, utilizar el horno para cocer el pan y el maíz destinados a su propio consumo o disponer de un cuarto alto en la casería arrendada o de un pedazo de tierra.

Otras veces, el arrendador reservaba para sí el uso de parte de los bienes arrendados, pero se obligaba a desocuparlos una vez llegara el mo-

0980/033 (1778, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); AHPAL PRO 8547, f. 57 rº - 59 rº (1831, Araba/Álava).

¹⁰¹ AHPG-GPAH 3/971, f. 28 rº - 29 vº (1567, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 1566 (1641, Gipuzkoa); AHFB JCR 3281/018 (1675, Bizkaia); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 2835 (1753, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 36 (1764, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 109, N. 8, D. 4 (1785, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 31, N. 59 (1814, Araba/Álava).

¹⁰² AHPG-GPAH 3/971, f. 26 rº - 26 vº (1567, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 1566 (1641, Gipuzkoa); AHFB JCR 1332/048 (1670, Bizkaia); AHPAL PRO 837, f. 23 rº - 28 vº (1733, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 2773 (1750, Gipuzkoa); ATHA FE. Bustamante Caja 63 Nº 34 (1802, Araba/Álava).

¹⁰³ AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AHPAL PRO 12, f. 58 rº - 59 rº (1715, Araba/Álava); AHPAL PRO 219, f. 71 rº - 72 vº (1716, Araba/Álava); AHPAL PRO 663, f. 418 rº - 419 vº (1741, Araba/Álava).

¹⁰⁴ AGG-GAO CO LCI 1961 (1725, Gipuzkoa); ATHA FE. Bustamante Caja 49 Nº 19 (1736, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 3326 (1749, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 5033 (1808, Gipuzkoa).

¹⁰⁵ AGG-GAO CO MCI 2640 (1718, Gipuzkoa); AHPAL PRO 2221, f. 243 rº - 244 vº (1787, Araba/Álava); AHPAL PRO 8562, f. 281 rº - 282 vº (1844, Araba/Álava).

mento acordado. Al respecto, existen casos en los que el locatario se obligaba a vivir en la casa arrendada junto con el arrendador durante el primero de los nueve años contractuales, disfrutándola a medias, de forma que, una vez finalizara el citado año, el arrendador debería desocuparla¹⁰⁶. En otros contratos, el locador se reservaba el uso de un cuarto bajo de la casa, pero debería desocuparlo el año siguiente al otorgamiento de la escritura de arrendamiento¹⁰⁷. Asimismo, se celebraban arrendamientos de caserías en los que el arrendador reservaba una huerta para su madre, aunque se obligaba a entregar su posesión al arrendatario en el caso de que la madre trasladara su residencia¹⁰⁸.

4. EL PAGO DE LA RENTA

4.1. Las condiciones de pago

El abono de la renta acordada constituía la principal obligación del arrendatario y consistía en la entrega de una cantidad dineraria, en un pago en especie o en una modalidad mixta, dependiendo de lo estipulado por las partes en el momento del otorgamiento del contrato de arrendamiento. El locatario debía abonar la renta en el momento pactado y en el lugar establecido¹⁰⁹, que, como regla general, era la casa en la que residía el locador o, en su caso, su representante. En ciertas ocasiones, el colono asumía esta obligación incluso cuando el domicilio del locador estaba sito a una gran distancia del lugar en el que radicaba el bien arren-

¹⁰⁶ AGG-GAO CO MCI 2640 (1718, Gipuzkoa).

¹⁰⁷ AGG-GAO CO ECI 2442 (1736, Gipuzkoa).

¹⁰⁸ AHFB JCR 3395/010 (1783, Bizkaia).

¹⁰⁹ AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 63, N. 13 (1733, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 2835 (1753, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 19 (1765, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11 (1818, Araba/Álava); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia).

dado¹¹⁰, motivo por el cual, durante la segunda mitad del siglo XVIII y la primera del XIX, en el Territorio Histórico de Araba/Álava el arrendador se obligaba a entregar al arrendatario la contraprestación acordada por transportar la renta hasta el lugar establecido¹¹¹.

Existe un amplio número de documentos en los que el locatario, además de obligarse a pagar el importe establecido como renta, asumía una serie de obligaciones adicionales relacionadas con la misma. De este modo, se indicaba que, cuando finalizara el contrato, los frutos pendientes corresponderían al arrendador, de manera que su importe se imputaría a la renta del último año contractual. En otros, se estipulaba que, si el valor de los frutos resultaba superior al de la renta anual, el exceso correspondería al locatario si no lograba llegar a un acuerdo con el arrendatario entrante. Asimismo, cuando la renta consistía en cierta cantidad de hierro, debería pertenecer al género que indicara el arrendador, que sería uno de los tres que se consignaban en la escritura de arrendamiento. Otras veces, el colono asumía el deber de entregar la renta a una persona distinta del arrendador, que solía ser un acreedor.

No obstante, las condiciones relativas a la renta que quedaban establecidas con mayor frecuencia en los contratos de arrendamiento eran las siguientes:

¹¹⁰ En FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 17 (1761, Bizkaia), el domicilio del arrendador estaba en Salamanca y el bien arrendado radicaba en Arrazola (Bizkaia). En AGG-GAO CO UEJ 1137 (1762, Gipuzkoa), el arrendatario asumía la obligación de entregar la renta en el domicilio del arrendador –que, en el momento del otorgamiento de la escritura, radicaba en Elgoibar (Gipuzkoa), lugar en el que estaban sitos los bienes arrendados–, en los siguientes términos: “Es condición que todas las referidas rentas hayan de ser de buena calidad y limpias y las han de entregar en el lugar y casa que fuere mi habitación [del arrendador] en tiempo de la entrega de dichas rentas, aunque sea fuera de esta villa, en cualquier paraje que residiere”. En FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 21 (1780, Bizkaia), los bienes arrendados radicaban en Marzana (Bizkaia), se afirmaba que el arrendador era vecino de Urduña/Orduña y residente en Salamanca y el arrendatario asumía la obligación de entregar la renta “en casa y poder del [arrendador], sea en las enunciadas ciudades de Salamanca y Orduña o en cualquier otra parte donde su señoría tuviere su residencia”.

¹¹¹ FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 24 (1772, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 12 (1813, Araba/Álava).

- a) Cuando el arrendatario debía abonar como renta determinada cantidad de trigo o maíz, debía estar limpio y molido adecuadamente y ser de tal calidad que satisficiera al arrendador. Si los granos entregados no reunían estos requisitos, debería pagar la renta en dinero¹¹².
- b) En el Territorio Histórico de Araba/Álava, se tenía un especial cuidado con la medición de la renta, de tal forma que, en muchos casos, el locatario debía medirla, a su costa, en el lugar acordado¹¹³. Además, a lo largo de todos los periodos históricos comprendidos entre la segunda mitad del siglo XVII y la primera mitad del XIX, el arrendatario estaba obligado a medir el trigo que debía entregar como renta de acuerdo con la medida de Ávila¹¹⁴, que también era conocida como “la medida mayor”¹¹⁵. Excepcionalmente, en Gipuzkoa, el arrendatario debía medir el trigo empleando para ello “la medida antigua”¹¹⁶.
- c) Cuando la renta era pecuniaria o mixta, el colono debía entregar la parte dineraria necesariamente en metálico, de modo que no se entendería pagada si entregaba una cantidad equivalente en especie¹¹⁷. Así, resultaba frecuente que se indicara que la renta debería ser abonada “en buena moneda, usual y corriente”, “en moneda de oro o plata” o “en papel-moneda”.

¹¹² AHPAL PRO 270, f. 232 rº - 235 vº (1721, Araba/Álava); AGG-GAO CO UEJ 1137 (1762, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8556, f. 601 rº - 602 vº (1840, Araba/Álava).

¹¹³ FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 1 (1746, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 12 (1813, Araba/Álava).

¹¹⁴ ARCVVarela (F), C 2787-1 (1669, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 24 (1772, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11 (1818, Araba/Álava).

¹¹⁵ Así se establece en ATHA FE. Bustamante Caja 59 Nº 37 (1643, Araba/Álava) y ATHA FE. Bustamante Caja 62 Nº 83 (1702, Araba/Álava).

¹¹⁶ AGG-GAO CO LCI 2813 (1751).

¹¹⁷ AHFB JCR 0284/048 (1659, Bizkaia); AHPAL JUS 19184 (1703, Araba/Álava); AHFB JTB 0481/005 (1766, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 4144 (1790, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LCI 5200 (1831, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8555, f. 776 rº - 778 rº (1839, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 15 (1849, Bizkaia).

- d) En ciertos contratos, las partes pactaban que el arrendatario debería abonar al arrendador rentas correspondientes a un arrendamiento anterior¹¹⁸, si bien, en otros, acordaban que las mismas quedarían condonadas.

4.2. Las consecuencias del incumplimiento del pago

En el supuesto de que el arrendatario no pagara la renta en las condiciones acordadas, tendrían lugar las consecuencias que se hubieran pactado en el contrato. Las más habituales consistían en la ejecución o el apremio¹¹⁹, el abono de una indemnización por todos los perjuicios causados¹²⁰ o el pago de los salarios de la cobranza¹²¹, cuyos importes, cuando así se establecía, serían los que declarara el arrendador bajo juramento, sin necesidad de acreditarlo mediante otra prueba.

Ocasionalmente se prevenían otras consecuencias, como el desahucio¹²². Durante el siglo XVIII, en Araba/Álava, también se estipulaba que el

¹¹⁸ AGG-GAO CO MEJ 2103 (1746, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 6 (1771, Araba/Álava); AHFB JCR 0420/066 (1799, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 12 (1813, Araba/Álava).

¹¹⁹ AHFB JCR 0342/006 (1637, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AGG-GAO CO LEJ 1415 (1712, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 62, N. 14 (1730, Araba/Álava); AHFB JCR 1728/001 (1742, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 15 (1849, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 161, N. 15 (1854, Araba/Álava).

¹²⁰ ATHA FE. Bustamante Caja 59 N° 37 (1643, Araba/Álava); AHFB JCR 3213/008 (1655, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14, (1719, Araba/Álava); AHFB JCR 0843/014 (1759, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1349 (1792, Gipuzkoa); AHFB JCR 1515/004 (1804, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 161, N. 15 (1854, Araba/Álava).

¹²¹ AGG-GAO CO MCI 1843 (1657, Gipuzkoa); AHFB JCR 3292/008 (1688, Bizkaia); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2344 (1764, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 2 (1775, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 109, N. 8, D. 4 (1785, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava).

¹²² AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AHFB JCR 0572/004 (1800, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 r° - 83 v° (1826, Araba/Álava).

locatario debería restituir al arrendador la adehala que le hubiera entregado¹²³ o la prórroga del contrato hasta que el colono abonara la totalidad de las rentas¹²⁴.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBRAS NECESARIAS Y MEJORAS

5.1. Las mejoras

Durante la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en los tres Territorios Históricos, en determinados casos, las partes estipulaban expresamente que el arrendamiento sería “a peora y mejora”, lo cual implicaba que, si el importe de la tasación final de los bienes arrendados resultaba superior al consignado en la tasación inicial, el arrendador debería abonar al arrendatario la diferencia¹²⁵. No obstante, en ciertos casos, el arrendatario asumía el deber de que todos los bienes arrendados fueran “en aumento y no en disminución”¹²⁶, así como de pagar al arrendatario anterior el importe de las mejoras ejecutadas¹²⁷.

Pero las obligaciones de las partes relacionadas con las mejoras no se limitaban a estos aspectos, como estudiaremos a continuación.

¹²³ ATHA EE. Bustamante Caja 63 N° 51 (1712, Araba/Álava); AHPAL JUS 19211 (1741, Araba/Álava).

¹²⁴ FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 6 (1771, Araba/Álava).

¹²⁵ FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 17 (1761, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); AHPAL PRO 9965, f. 119 r° - 120 v° (1789, Araba/Álava); AHPAL PRO 8540, f. 528 r° - 531 v° (1824, Araba/Álava).

¹²⁶ AHFB JCR 0284/048 (1659, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO MEJ 2344 (1764, Gipuzkoa); AHFB JCR 1683/024 (1854, Bizkaia).

¹²⁷ AGG-GAO CO MEJ 2105 (1746, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 21 (1780, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8540, f. 528 r° - 531 v° (1824, Araba/Álava); AHFB JTB 0561/001 (1824, Bizkaia).

5.1.1. *La mejora de las tierras*

Cuando así se establecía en el contrato, el arrendatario debía efectuar en las tierras las mejoras acordadas. En este sentido, en ciertos casos se obligaba a cerrarlas¹²⁸, plantar árboles o crear un vivero¹²⁹, labrarlas y cultivarlas de forma que fueran en aumento¹³⁰ e incluso realizar labores¹³¹ tales como arreglar la huerta, convertir una tierra erial en labrantía, cultivar, labrar y hondear una porción de tierra inculca, reducir una heredad a tierra de pan sembrar o rellenar anualmente la heredad con la cantidad de tierra consensuada.

Si el locatario incumplía su obligación de realizar las mejoras acordadas, tendrían lugar las consecuencias establecidas, entre las que destaca el pago de una indemnización¹³². En el mismo sentido, durante el siglo XVIII, en el Territorio Histórico de Araba/Álava, se prevenía la ejecución por el importe de las mejoras que finalmente tendrían que ser efectuadas por el arrendador y el apremio¹³³.

¹²⁸ FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 1 (1746, Araba/Álava); AHFB JTB 0629/008 (1762, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4467 (1785, Gipuzkoa); AHFB JCR 3674/005 (1805, Bizkaia); AHPAL PRO 8556, f. 601 rº - 602 vº (1840, Araba/Álava).

¹²⁹ AHFB JCR 2608/039 (1665, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2419 (1696, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 2813 (1751, Gipuzkoa); AHFB JCR 3395/010 (1783, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 5033 (1808, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava); AHFB JTB 0959/010 (1833, Bizkaia).

¹³⁰ AHFB JCR 3213/008 (1655, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2105 (1746, Gipuzkoa); AHFB JCR 0206/003 (1819, Bizkaia); AHPAL PRO 11655, f. 77 rº - 83 vº (1826, Araba/Álava).

¹³¹ AHFB JCR 3621/009 (1676, Bizkaia); AHPAL PRO 270, f. 232 rº - 235 vº (1721, Araba/Álava); AHFB JTB 0420/089 (1783, Bizkaia); AHPAL PRO 8556, f. 601 rº - 602 vº (1840, Araba/Álava).

¹³² AHFB JCR 3213/008 (1655, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 14 (1719, Araba/Álava); AHFB JCR 0843/014 (1759, Bizkaia); AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); ATHA EE. Bustamante Caja 25 Nº 1 (1798, Araba/Álava).

¹³³ AHPAL PRO 2221, f. 243 rº - 244 vº (1787); AHPAL JUS 27631 (1798). En ciertos casos, el importe por el cual el arrendatario sería ejecutado consistiría en aquel que el locador declarara bajo juramento, sin que fuera preciso realizar otra prueba.

En otros casos, el locatario no tenía la obligación de mejorar las tierras, pero el arrendador reconocía expresamente que tendría derecho a hacerlo. No obstante, en algunos de estos contratos se dispone que el arrendatario sólo tendría derecho a que el arrendador le reintegrara el importe destinado a la mejora de las tierras si hubiera procedido a realizarlas con su previo consentimiento¹³⁴.

En ciertos contratos de arrendamiento, también el locador asumía determinadas obligaciones relacionadas con la mejora de las tierras arrendadas¹³⁵, consistentes en entregar al colono una gratificación por mejorarlas, abonarle el precio de los árboles que debería plantar, plantarlos por sí mismo o entregarle algunos de los materiales que precisara para efectuar los cerramientos correspondientes.

5.1.2. *La mejora de las edificaciones*

Las partes asumían obligaciones de mejora de diversa índole no sólo en relación con las tierras, sino también con el resto de los bienes que formaban parte del objeto contractual.

El locatario se obligaba a ejecutar determinadas obras de mejora, a su costa¹³⁶ o a costa del arrendador¹³⁷. Pero, a veces, se contemplaba la posibilidad (no la obligación) de que realizara ciertas obras de mejora, en cu-

¹³⁴ AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 254, N. 35 (1807, Araba/Álava); AHFB JCR 0928/021 (1814, Bizkaia).

¹³⁵ AGG-GAO CO MCI 1891 (1660, Gipuzkoa); AHPAL PRO 265, f. 117 rº - 117 vº (1706, Araba/Álava); AHFB JCR 0843/014 (1759, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 4467 (1785, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 32, N. 11 (1818, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 5200 (1831, Gipuzkoa).

¹³⁶ AGG-GAO CO MCI 1891 (1660, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LCI 2585 (1746, Gipuzkoa); AHPAL PRO 1304, f. 1059 rº - 1066 vº (1774, Araba/Álava); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia).

¹³⁷ AGG-GAO CO LCI 2773 (1750, Gipuzkoa); AHFB JCR 0144/052 (1764, Bizkaia); AHPAL PRO 1355, f. 131 rº - 133 vº (1791, Araba/Álava); AHFB JCR 3685/013 (1854, Bizkaia).

yo caso podía pactarse que, si las ejecutaba, lo hiciera siempre a su costa¹³⁸ o que el coste lo asumiera el locador, toda vez que hubiera mediado su consentimiento¹³⁹.

Entre las obras de mejora que el arrendatario podía o debía ejecutar destacan las siguientes: construir un horno para cocer pan, una chimenea, una calera, piedras nuevas para el molino, un caño por el que discurriría el agua que cayera en la heredad arrendada, una habitación, una cocina, una pared, una puerta, un balcón, una escalera o una tejavana, reponer los tabiques y terraplenar la caballeriza o el corral.

El arrendador, además de asumir el coste de determinadas mejoras a realizar por el colono, se comprometía a colaborar en su ejecución con el arrendatario¹⁴⁰ y a entregarle el material necesario para que pudiera llevarlas a cabo¹⁴¹.

En caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones relacionadas con la ejecución de obras de mejora, tendrían lugar las consecuencias que hubieran sido acordadas para cada una de las partes¹⁴².

5.2. Las obras necesarias

El locatario asumía obligaciones de diferente carácter en relación con las obras necesarias. En este sentido, asumía el deber de ejecutar, a su

¹³⁸ AGG-GAO CO ECI 3326 (1749, Gipuzkoa); AHFB JCR 2615/028 (1773, Bizkaia); ATHA DH. 433-7 (1784, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 254, N. 35 (1807, Araba/Álava); AHFB JCR 0216/008 (1816, Bizkaia).

¹³⁹ AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 5033 (1808, Gipuzkoa); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia).

¹⁴⁰ AGG-GAO CO MCI 2640 (1718, Gipuzkoa); AHPAL PRO 1355, f. 134 rº - 136 vº (1791, Araba/Álava).

¹⁴¹ AGG-GAO CO LCI 1961 (1725, Gipuzkoa); AHPAL PRO 1355, f. 131 rº - 133 vº (1791, Araba/Álava); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia).

¹⁴² AGG-GAO CO LCI 2810 (1751, Gipuzkoa); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia); AHFB JTB 0561/001 (1824, Bizkaia).

costa, todas las obras que resultaran necesarias para mantener los bienes en buen estado¹⁴³ o sólo aquellas que se hubieran determinado de forma individualizada¹⁴⁴. Pero, en ocasiones, el colono únicamente se obligaba a pagar la mitad del importe de las obras necesarias acordadas¹⁴⁵ o a colaborar con el arrendador en su ejecución¹⁴⁶. Igualmente, las partes podían acordar que el locatario ejecutara todas las obras que resultaran necesarias y que su coste corriera a cuenta del locador¹⁴⁷.

Cuando así se pactaba, el arrendatario debía poner en conocimiento del arrendador la necesidad de ejecutar determinadas obras¹⁴⁸, bien para que las realizara el arrendador o bien como requisito previo para que el arrendatario las ejecutara. En caso de incumplimiento de la obligación de realizar el requerimiento al arrendador en las condiciones acordadas, a veces quedaba pactado que el colono debería ejecutar esas obras a su

¹⁴³ AHPAL JUS 19299 (1750, Araba/Álava); ATHA DH. 433-7 (1784, Araba/Álava); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 27 (1792, Bizkaia); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia); AHFB JCR 0769/116 (1801, Bizkaia).

¹⁴⁴ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AGG-GAO CO MCI 2696 (1730, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 109, N. 8, D. 4 (1785, Bizkaia); AHPAL PRO 1688, f. 86 rº - 87 vº (1782, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 15 (1849, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

¹⁴⁵ AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa); AHFB JCR 3674/005 (1805, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 5200 (1831, Gipuzkoa).

¹⁴⁶ AGG-GAO CO UEJ 1137 (1762, Gipuzkoa); AHFB JCR 0058/013 (1764, Bizkaia); AHFB JCR 0459/033 (1820, Bizkaia).

¹⁴⁷ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); AHFB JCR 1593/014 (1650, Bizkaia); AHPAL PRO 724, f. 138 rº - 141 rº (1737, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 4108 (1788, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 31 (1798, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 6, D. 2 (1844, Bizkaia).

¹⁴⁸ AHFB JCR 3281/018 (1675, Bizkaia); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AHFB JCR 2230/ 013 (1747, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa); AHPAL PRO 1304, f. 1059 rº - 1066 vº (1774, Araba/Álava); AHFB JCR 3685/013 (1854, Bizkaia).

costa, cuando, si hubiera realizado la preceptiva comunicación, habría sido el arrendador quien habría asumido el coste.

Si el colono incumplía las obligaciones asumidas en relación con las obras necesarias, debería indemnizar los daños causados al arrendador. Además, el locador podría ejecutar las obras que debería haber realizado el locatario, debiendo este hacer frente a su coste¹⁴⁹.

Por su parte, el arrendador, además de asumir el coste total o parcial de las obras necesarias, podía obligarse a entregar al arrendatario el material necesario para que las ejecutara¹⁵⁰ o a rebajarle la renta¹⁵¹. Igualmente, en ciertas ocasiones, debía ejecutar, a su costa, las obras necesarias acordadas en el plazo que, en su caso, se hubiera fijado¹⁵². En este sentido, a veces asumía el deber de ejecutar todas las obras que precisaran los bienes arrendados o alguno de ellos; otras, sólo se comprometía a efectuar una reparación concreta en alguna parte del bien arrendado. También había ocasiones en las que el locador únicamente se obligaba a la ejecución de las obras que fueran necesarias como consecuencia de los casos fortuitos y accidentales que quedaban tasados en el contrato.

¹⁴⁹ FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); AHPAL PRO 51, f. 108 rº -111 rº (1714, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 4030 (1771, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 31 (1798, Bizkaia); AHPAL PRO 8540, f. 528 rº - 531 vº (1824, Araba/Álava).

¹⁵⁰ AHPG-GPAH 3/218, f. 69 rº - 70 vº (1651, Gipuzkoa); AHFB JCR 2230/ 013 (1747, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 3471 (1770, Gipuzkoa); AHPAL JUS 14571 (1788, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 5759 (1829, Gipuzkoa).

¹⁵¹ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); AHFB JCR 3281/018 (1675, Bizkaia); AHPAL JUS 19184 (1703, Araba/Álava); AHFB JCR 2615/028 (1773, Bizkaia); AGG-GAO CO UEJ 1349 (1792, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 112, N. 6, D. 2 (1844, Bizkaia).

¹⁵² AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 8, N. 27 (1636, Bizkaia); AGG-GAO CO UCI 701 (1683, Gipuzkoa); AHPAL JUS 25968 (1693, Araba/Álava); AHFB JCR 2230/003 (1712, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 10, D. 2 (1775, Araba/Álava); AGG-GAO CO UEJ 1349 (1792, Gipuzkoa); AHFB JCR 0230/022 (1804, Bizkaia); FSS_A.M.A._VERASTEGUI, C. 245, N. 48 (1876, Araba/Álava).

Cuando el bien objeto del contrato estaba constituido por herrerías o molinos sitios en Gipuzkoa, el colono tendría derecho a una indemnización o una rebaja en la renta por las paradas que sufrieran estos bienes, siempre que derivaran de las causas acordadas¹⁵³. En ocasiones, se establecía que la indemnización procedería sólo si las paradas superaban el número de días acordado.

Finalmente, si el locador incumplía las obligaciones asumidas en relación con las obras necesarias, tendrían lugar las consecuencias que, en su caso, se hubieran pactado¹⁵⁴, que consistían en el apremio, abono de una indemnización o rebaja de la renta.

6. LAS OBLIGACIONES DE OMISIÓN

Las partes solían establecer ciertas prohibiciones para el arrendatario en relación con la ejecución de obras¹⁵⁵, la introducción de ganado en las tierras arrendadas¹⁵⁶, la tala de árboles¹⁵⁷, su poda¹⁵⁸, el uso de los bienes reservados por el arrendador para sí¹⁵⁹ y la molienda de las cibe-

¹⁵³ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); AGG-GAO CO ECI 4030 (1771, Gipuzkoa).

¹⁵⁴ AHFB JTB 0603/032 (1733, Bizkaia); ARCV Quevedo (F), C 2353-5 (1742, Araba/Álava); AHFB JCR 4336/012 (1795, Bizkaia).

¹⁵⁵ AHPAL PRO 8548, f. 891 rº - 892 rº (1832, Álava/Arana); AHFB JCR 1682/020 (1866, Bizkaia).

¹⁵⁶ AHFB JCR 0871/034 (1713, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 3514 (1772, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 46 (1826, Araba/Álava).

¹⁵⁷ AHPG-GPAH 3/967, f. 198 rº - 200 vº (1563, Gipuzkoa); AHFB JCR 0284/048 (1659, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 1843 (1657, Gipuzkoa); AHFB JCR 0170/017 (1777, Bizkaia); AHPAL PRO 1747, f. 204 rº - 205 vº (1781, Araba/Álava); AHFB JCR 0928/021 (1814, Bizkaia); AHPAL PRO 8562, f. 281 rº - 282 vº (1844, Araba/Álava).

¹⁵⁸ AHFB JCR 3972/001 (1647, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 1843 (1657, Gipuzkoa); AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8541, f. 723 rº - 726 rº (1825, Araba/Álava).

¹⁵⁹ AHFB JCR 3621/009 (1676, Bizkaia); AHFB JCR 1036/021 (1708, Bizkaia); AHPAL PRO 2221, f. 149 rº - 150 vº (1787, Araba/Álava); AGG-GAO CO LCI 4144

ras¹⁶⁰, sin que, como regla general, se establecieran las consecuencias concretas a las que daría lugar su incumplimiento. No obstante, nada obstaba para que se fijaran como consecuencias de tal incumplimiento la indemnización de daños, la reparación física de los bienes, el desahucio o una multa¹⁶¹. Asimismo, las prohibiciones quedarían sin efecto siempre y cuando el arrendador otorgara su consentimiento expreso para que el colono llevara a cabo las conductas que, en principio, debía omitir.

En cuanto a la ejecución de obras, a veces se prohibía que el arrendatario realizara cualquier tipo de obra. Otras veces, el deber de omisión se refería únicamente a las obras de mejora, pero no a las que resultaran necesarias. En ocasiones, sólo tenía que abstenerse de ejecutar las mejoras que se enumeraban, relativas a cambiar puertas, ventanas o tabiques o a ensanchar o reducir algunas piezas. Y, en otras, se le prohibía demoler las obras de mejora que hubiera realizado voluntariamente.

Por lo que respecta a la introducción de ganado en las tierras arrendadas, en ciertos casos, el locatario no podría llevar a ellas más ganado que el entregado por el arrendador en admetería. Otras veces, se le prohibía introducir más de una junta de bueyes. En ocasiones, no podría tener ganado lanar, vacuno o cabrío. Y, cuando así se estipulaba, el colono no podría introducir en las tierras más ganado cabrío que aquel del que fuera propietario.

El arrendatario debería abstenerse de llevar a cabo las conductas relacionadas con la tala de árboles que quedaran establecidas en el contrato y que se referían a todo tipo de árboles, a los árboles recién talados o a los árboles fructíferos. En ciertos casos, también asumía la obligación de evitar que los árboles fueran talados por terceros.

(1790, Gipuzkoa); AHFB JCR 3674/005 (1805, Bizkaia); AHPAL PRO 8560, f. 316 rº - 317 rº (1843, Araba/Álava).

¹⁶⁰ AHPG-GPAH 3/982, f. 48 rº - 49 vº (1599, Gipuzkoa); AGG-GAO CO LCI 2835 (1753, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8557, f. 1416 rº - 1418 rº (1841, Araba/Álava).

¹⁶¹ AHPAL PRO 1747, f. 204 rº - 205 vº (1781, Araba/Álava); AGG-GAO CO ECI 4756 (1793, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8542, f. 478 rº - 481 rº (1826, Araba/Álava).

Igualmente, se acordaba que el arrendatario en ningún caso podría trasmochar los árboles o que no podría hacerlo fuera de las fechas acordadas, si bien, en algunos contratos, la prohibición únicamente afectaba a los árboles fructíferos. En ciertos supuestos, se exceptuaban los casos en los que el destino de la poda fuera la obtención de leña para el consumo propio y de seroja para el ganado. En otros, el colono asumía la obligación de evitar incluso que los árboles fueran trasmochados por terceros.

Cuando un molino formaba parte del objeto contractual, el locatario se obligaba a moler las ciberas de los vecinos del lugar en el que radicaba el bien, sin que pudiera cobrarles un precio superior al acordado en el propio contrato de arrendamiento. Igualmente, con cierta frecuencia, se le impedía cobrar maquillaje alguno al arrendador por proceder a moler el grano que necesitara para su propio consumo –molienda que, además, debería realizar con preferencia a la correspondiente a los granos entregados por el resto de personas–, de forma que, si incumplía esta prohibición, debería reintegrarle la cantidad indebidamente cobrada¹⁶².

Pero las conductas que el arrendatario debía evitar no se limitaban a las expuestas en los párrafos anteriores, sino que existían otras prohibiciones¹⁶³, como las siguientes: recibir en el caserío arrendado a personas desconocidas; realizar rozaduras, zanjas y roturas en las tierras arrendadas; utilizar el horno como panadería o vender el pan cocido en el mismo; y vender cal, helecho, árgoma y hojas. Además, cuando el arrendador era un ente público, se fijaban para el locatario prohibiciones tales como abastecerse de carne en carnicerías que estuvieran radicadas fuera de los términos de la Villa arrendadora, comprar sidra a personas que no fueran vecinas de la misma o moler los granos en un molino que no fuera aquel del que era propietaria. Asimismo, en determinados contratos se prohibía expresamente que el locatario subarrendara o cediera el arrendamiento.

¹⁶² ATHA F.E. Varona Caja 63 N° 10.3 (1841, Araba/Álava).

¹⁶³ AHPG-GPAH 3/218, f. 69 r° - 70 v° (1651, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 4581 (1789, Gipuzkoa); ATHA F.E. Bustamante Caja 25 N° 1 (1798, Araba/Álava); AHPAL PRO 8542, f. 482 r° - 485 r° (1826, Araba/Álava).

7. OTRAS OBLIGACIONES

7.1. La entrega de la adehala

El arrendatario debía entregar la adehala acordada al arrendador¹⁶⁴ o, excepcionalmente, a una persona relacionada con él¹⁶⁵. En la documentación analizada se emplean como sinónimos de “adehala” los términos “aguinaldo” o “vía de oque”, para referirse a la entrega de diversos bienes. Estos podían ser alimentos tales como huevos, tocino, capones, carneros, corderos, cerdos, pollos o gallinas, o animales que serían utilizados en la celebración de algunas festividades, como los toros. Pero también formaban parte de la adehala diversos frutos, como manzanas, castañas, nueces, trigo o maíz. Asimismo, resultaba frecuente que la adehala consistiera en la entrega de cierta cantidad de dinero o incluso en la realización de determinadas obras.

Existen contratos en los que el locador se obligaba a entregar al colono una cantidad de dinero como adehala, a fin de motivarle a cumplir con la totalidad de obligaciones asumidas en el contrato, ya que, de lo contrario, debería reintegrarle su importe¹⁶⁶.

No solían establecerse las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, salvo algún supuesto en el que el arrendatario se sometía a la ejecución y al abono de los salarios de la cobranza¹⁶⁷.

¹⁶⁴ AGG-GAO CO MCI 1917 (1661, Gipuzkoa); AHPAL JUS 28397 (1750, Araba/Álava); AHFB JTB 0629/008 (1762, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 4144 (1790, Gipuzkoa); AHFB JCR 0879/003 (1804, Bizkaia).

¹⁶⁵ En AGG-GAO CO ECI 2720 (1740, Gipuzkoa), el arrendatario se obligaba a entregar la adehala al donante de la madre del arrendador.

¹⁶⁶ ATHA FE. Bustamante Caja 66 N° 33 (1656, Araba/Álava); AGG-GAO CO LEJ 1415 (1712, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._URBINA, C. 29, N. 36 (1764, Araba/Álava); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 12 (1813, Araba/Álava).

¹⁶⁷ AGG-GAO CO MCI 4400 (1784, Gipuzkoa).

7.2. La realización de trabajos por parte del arrendatario

En Gipuzkoa y Araba/Álava, el arrendatario asumía el deber de realizar determinados trabajos para el arrendador. Entre ellos, destacan las labores de sementera, siega, transporte de granos, carpintería y cantería a realizar en bienes distintos de los arrendados durante un número de días concreto, para lo cual debería emplear sus propios caballos, bueyes, vacas y carros.

Si así se hubiera pactado, el colono tendría derecho a que el arrendador le abonara una contraprestación¹⁶⁸, pero, como regla general, se comprometía a realizar estas labores sin derecho a contraprestación alguna¹⁶⁹.

7.3. La entrega del producto de los montes

En los Territorios Históricos de Bizkaia y Gipuzkoa, desde la primera mitad del siglo XVII hasta la segunda mitad del siglo XVIII, solía ser estipulado que el arrendador entregara al arrendatario determinadas cargas de carbón o leña, algunos montazgos o cierto número de suertes, generalmente a cambio de una contraprestación¹⁷⁰, si bien nada impedía que la entrega fuera gratuita¹⁷¹.

Sólo en casos muy puntuales se fijaba la consecuencia a la que daría lugar el incumplimiento de este deber por parte del locador, consistente en el pago de una indemnización¹⁷². Igualmente, si el colono incumplía el deber de entregar la contraprestación acordada, debería cumplir las

¹⁶⁸ AGG-GAO CO MCI 1843 (1657, Gipuzkoa).

¹⁶⁹ AHPAL PRO 2221, f. 243 rº - 244 vº (1787, Araba/Álava); AGG-GAO CO MCI 4581 (1789, Gipuzkoa); AHPAL PRO 8542, f. 158 rº - 160 rº (1826, Araba/Álava).

¹⁷⁰ AGG-GAO CO MCI 1296 (1622, Gipuzkoa); AHFB JCR 3292/008 (1688, Bizkaia); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2696 (1730, Gipuzkoa).

¹⁷¹ AGG-GAO CO ECI 4030 (1771, Gipuzkoa); AHFB JCR 0230/022 (1804, Bizkaia).

¹⁷² AHFB JCR 3292/008 (1688, Bizkaia).

consecuencias establecidas en el contrato¹⁷³, aunque en ciertos casos no se pactaba consecuencia alguna¹⁷⁴.

7.4. El pago de las cargas reales y tributos

El arrendatario se obligaba a pagar determinadas cargas que gravaban los bienes arrendados. En este sentido, en ocasiones debía abonar el importe de todas las cargas, repartimientos, pensiones y contribuciones ordinarias y extraordinarias existentes, pero, en otras, solamente asumía el pago de las alcabalas, las festaburnías¹⁷⁵, las pensiones populares, los repartimientos de fogueras, los aniversarios, los censos que gravaban los bienes arrendados, las reparaciones de los caminos del lugar en el que radicaban, el tributo de “pie de ganado” o los derechos de visita, de guardamontes y los correspondientes a Su Magestad¹⁷⁶ o al peso real.

En ciertos contratos, se establecían las consecuencias del incumplimiento de esta obligación¹⁷⁷, en cuyo caso procedería la ejecución, el arrendatario debería indemnizar los daños causados o pagaría los salarios de la cobranza¹⁷⁸; sin embargo, generalmente, no se establecían consecuencias concretas para el incumplimiento de este deber¹⁷⁹.

¹⁷³ AHFB JCR 1593/014 (1650, Bizkaia); AGG-GAO CO LCI 1961 (1725, Gipuzkoa); AHFB JCR 0058/013 (1764, Bizkaia).

¹⁷⁴ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); FSS_A.M.A._VELASCO, C. 111, N. 12 (1714, Bizkaia); AGG-GAO CO MCI 2696 (1730, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MEJ 2822 (1800, Gipuzkoa).

¹⁷⁵ La festaburnía era un impuesto existente en Berastegi y Elduain (Gipuzkoa), que gravaba el hierro achicado, el tocho y el forjado en grandes barras. Entre otros, *vid.* AGG-GAO CO UEJ 1045 (1748, Gipuzkoa).

¹⁷⁶ Como el “diezmo viejo” o “bala de hierro”.

¹⁷⁷ AGG-GAO CO MCI 916 (1611, Gipuzkoa); AGG-GAO CO MCI 3271 (1748, Gipuzkoa); AHFB JTB 0481/005 (1766, Bizkaia); FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 6 (1771, Araba/Álava); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia).

¹⁷⁸ Su importe, cuando así se acordaba, sería el que declarara el arrendador bajo juramento, sin necesidad de acreditarlo mediante otra prueba.

¹⁷⁹ AHFB JCR 0342/006 (1637, Bizkaia); FSS_A.M.A._MARZANA, C. 3, N. 1 (1741, Araba/Álava); AGG-GAO CO MEJ 2491 (1774, Gipuzkoa); AHFB JCR 3450/002

El arrendador, a veces, asumía el coste de la totalidad del importe de los tributos que gravaban los bienes arrendados o del aniversario perpetuo que pesaba sobre los mismos, pero, otras, sólo asumía la mitad del coste de determinados tributos y cargas, debiendo el arrendatario hacer frente a la otra mitad¹⁸⁰. Asimismo, cuando se estipulaba en el contrato, el arrendador debería rebajar la renta por la totalidad o parte de determinados importes que pagaría el arrendatario¹⁸¹.

CONCLUSIONES

La lectura y análisis de un abundante número de documentos en los que quedó regulado el contrato de arrendamiento rústico otorgado a lo largo de los siglos XVI a XIX en los Territorios Históricos de Araba/Álava, Bizkaia y Gipuzkoa nos ha permitido conocer el contenido de las obligaciones asumidas por los contratantes y las consecuencias jurídicas establecidas para el caso de que fueran incumplidas, así como inducir los principios jurídicos en los que se inspiraba esta institución.

El contrato de arrendamiento quedaba regulado, básicamente, por la *lex contractus*, es decir, por las disposiciones efectuadas por las partes en la escritura pública o contrato privado de arrendamiento, y, en su defecto, por la Costumbre¹⁸². En este sentido, los contratos de arrendamiento rústico

(1790, Bizkaia); AHFB JCR 0206/003 (1819, Bizkaia); AHPAL PRO 8541, f. 532 rº - 533 rº (1825, Araba/Álava).

¹⁸⁰ FSS_A.M.A._URBINA, C. 28, N. 6 (1771, Araba/Álava); AHFB JTB 0517/003 (1817, Bizkaia).

¹⁸¹ AHFB JTB 0420/089 (1783, Bizkaia); AHFB JTB 0959/010 (1833, Bizkaia).

¹⁸² El estudio de la normativa consuetudinaria queda fuera del objeto de este Trabajo, pero se aborda en mi Tesis Doctoral. *Vid.* ARTIACH CAMACHO, S. *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014.

otorgados a lo largo de los siglos XVI a XIX constituyen la máxima representación del principio de autonomía privada –libertad civil a ultranza–, ya que las partes ejercían una amplia libertad para regular su relación patrimonial y económica. Igualmente, el principio de reciprocidad de las prestaciones forma parte de la esencia de los contratos estudiados, toda vez que existía una equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual. Finalmente, destaca el principio de buena fe, que obligaba a las partes a tomar en consideración determinadas exigencias éticas procedentes de la mutua confianza.

No cabe duda de que, en los tres Territorios Históricos, las partes tenían plena libertad para llevar a cabo los pactos que consideraran necesarios en aras a la obtención de la finalidad perseguida por ambas, pero existen cláusulas que estaban presentes en prácticamente todos los contratos y que, en consecuencia, nos han permitido conocer cuáles eran las obligaciones básicas correspondientes a cada uno de los contratantes. En este sentido, la principal obligación del arrendatario consistía en el abono de la renta y la del arrendador en la entrega de los bienes en buen estado y el amparo del arrendatario en la pacífica posesión de los mismos a lo largo de la vigencia del contrato, bienes que el locatario debería restituírle una vez finalizada la misma en el estado en el que los hubiera recibido.

Asimismo, el arrendatario debía cuidar y ocupar las tierras, caserías, ferrerías, herrerías o molinos arrendados en las condiciones acordadas, si bien tenía que permitir su uso al locador, en caso de que así se hubiera previsto. Además, existían ciertas conductas que no podría llevar a cabo, por haber pactado con la contraparte su deber de omisión al respecto, relacionadas, entre otras, con la introducción de ganado en las tierras, la molienda de ciberas y la tala y poda de árboles. El locatario asumía también ciertas prohibiciones en relación con la ejecución de obras, pero la mayor parte de los deberes relativos a las mismas consistían en obligaciones de hacer, también aplicables al arrendador.

Además, ambas partes asumían diversas obligaciones en relación con las cargas reales que gravaban los bienes objeto del contrato, la entrega de una adehala y del producto de los montes y la realización de trabajos de sementera, siega, transporte de granos, carpintería y cantería en bienes distintos de los arrendados.

En el contrato se estipulaban las consecuencias que tendrían lugar en caso de que las partes incumplieran las obligaciones asumidas; las más habituales eran las siguientes: ejecución o apremio, indemnización de los daños y perjuicios causados, abono de los salarios de la cobranza, desahucio, rebaja de la renta, pago de la renta de vacío y reintegro de la adehala.

En numerosas ocasiones, el arrendatario no era el único obligado al cumplimiento de sus obligaciones, ya que los fiadores que suscribían la escritura de arrendamiento estaban igualmente obligados a ejecutarlas, de tal manera que, en caso de incumplimiento, todos resultaban responsables ante el arrendador. Además, las partes aseguraban el cumplimiento de sus obligaciones ofreciendo diversas garantías personales y reales.

Para terminar, no nos queda más que hacer hincapié en que ha quedado acreditado que el contrato de arrendamiento rústico se regía por los pactos de los contratantes, comunes en los Territorios Históricos de Araba/Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, lo cual constituye una manifestación de la existencia, en el pasado, de un Derecho Civil propio en esta materia, por lo que, a nuestro entender, queda posibilitada y justificada la aprobación de una ley que regulara esta institución en el ámbito autonómico.

Las Competencias Municipales tras la modificación del régimen local operada con la aprobación de la Ley 27/2013. Especial referencia a la Comunidad Autónoma del País Vasco y Comunidad Foral de Navarra

ORTZI DE LA QUINTANA IBÁÑEZ

Técnico de Administración General de Administración Local,
Abogado y Profesor en la UD

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 28/07/2014

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/02/2015

Resumen: Son numerosos los cambios que en materia de sector público se están dando y entre ellos se ha venido a modificar una Ley histórica, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. El Gobierno del Estado tiene como misión la reducción del déficit público y para ello se ha propuesto “ahorrar” en Administración Local tal y como le notificó a la UE en el Programa Nacional de Reformas de 2012, aprobado por el Gobierno del Estado en abril de 2012. Así nace la LRSAL, una Ley que más que racionalizar se dedica a la sostenibilidad financiera con el impacto que ello conlleva en los municipios que desde la Ley del 85 venían prestando servicios distintos a los propios, en virtud de los principios de cercanía con el vecino y buen gobierno. En este artículo tratamos el impacto que el régimen competencial tiene en los municipios y sobre todo en los municipios de la Comunidad Autónoma Vasca y Navarra.

Palabras clave: Sostenibilidad, competencia, delegación, competencia distinta de la propia, carácter bifronte.

Udal-eskumenak toki-araubidearen eraldaketa egin ondoren, 27/2013 Legeak onetsi eta gero. Aipamen berezia Euskal Autonomia Erkidegoari eta Nafarroako Foru Erkideari

Laburpena: Arlo publikoan hainbat eraldaketa egin dira, horien artean, apirilaren 2ko 7/1985 Legea, aspaldi batean emana eta toki-araubideen oinarriak arautzen dituen. Estatuko gobernuaren helburua da defizita murriztea eta horretarako toki-administrazioetan “aurreztea” proposatu du, hori adierazi zuen Europar Batasunaren, 2012. urteko Erreforma Programa Nazionalean, Estatuko gobernuak berak 2012. urteko apirilean onetsi zuenean. Horrela sortu zen toki-administrazioaren arrazionalizazio eta iraunkortasunari buruzko legea, hain zuzen ere, arrazionalizazioa baino finantza-iraunkortasuna sustatzen duen legea, kontuan hartu gabe horrek udalerrietan duen eragina, horiek 85. urteko Legea eman zenetik bereak ez diren zerbitzuak ematen baitituzte, auzotarrarekin gertutasun printzipioen eta gobernu onaren printzipioen arabera. Artikulu honetan azpimarratzen da udalerrietan eskumen-araudiak duen eragina, batik bat, Euskal Autonomia Erkidegoko eta Nafarroako Erkidegoko udalerrietan.

Gako-hitzak: Iraunkortasuna, eskumena, ordezkaritza, norik berea ez duen eskumena, bi aldeko izaera.

Municipal competencies following amendment of the local government systems operating pursuant to the approval of Law 27/2013. Special reference to the Autonomous Communities of the Basque Country and Navarre

Abstract: Numerous changes as regards the public sector are now in motion and among same which has led to the amendment of a historical Act, Law 7/1985, of 2 April, on Regulating the bases of Local Government (LRBRL). The State Government has as a mission of the reduction of the public deficit and to that end, has been proposed to “savings” in the Local Administration and as notified to the EU in the 2012 National Reform Programme, and approved by the State Government in April 2012. Thus leading to the creation of the LRBRL a law which in addition to streamlining is dedicated to financial sustainability with the impact this would have in the municipalities given that the Law of 1985 rendered services other than the inherent services, by virtue of the principles of proximity with neighbours and good governance. In this article the impact that the jurisdictional regime has had in municipalities and in particular those of the Autonomous Communities of the Basque Country and Navarre has been analysed and discussed.

Key words: Sustainability, competencies, delegation, authority other than the inherent authority, dual character.

SUMARIO.- 0.- INTRODUCCIÓN. 1.- DEFINICIÓN DEL SISTEMA DE RÉGIMEN LOCAL Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LRSAL.- 1.1.- El carácter bifronte del régimen jurídico de las entidades locales.- 1.2.- El Sistema generado en 1985 con la LRBRL.- 1.3.- El nuevo sistema de 2013.- II.- COMPETENCIAS PROPIAS.- 2.1.- Las competencias propias en el régimen local de la LRBRL de 1985.- 2.2.- Las competencias propias tras la modificación de la LRBRL operada mediante la Ley 27/2013. 2.3.- Conclusiones.- III.- COMPETENCIAS DELEGADAS.- 3.1.- Las competencias delegadas en el régimen local de la LRBRL de 1985.- 3.2.- Las competencias delegadas tras la modificación de la LRBRL operada mediante la Ley 27/2013. 3.3.- Conclusiones.- IV.- COMPETENCIAS IMPROPIAS.- 4.1.- Las competencias impropias en el régimen local de la LRBRL de 1985.- 4.2.- Las competencias propias tras la modificación de la LRBRL operada mediante la Ley 27/2013. 4.3.- Conclusiones.- V.- EL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA LRSAL EN LA CAV.- 5.1.- Régimen Local vasco existente hasta la LRSAL. 5.2.- La influencia de la LRSAL en el ámbito competencial municipal de la CAV.- 5.3.- Aplicabilidad al ámbito municipal vasco de la LRSAL en relación con las competencias municipales.- 5.4.- Conclusiones: La necesidad de desarrollo de un ámbito municipal vasco.- VI.- BIBLIOGRAFÍA Y TEXTOS CONSULTADOS.-

INTRODUCCIÓN

La necesidad de una reforma de la Administración Local era una de las cuestiones pendientes que desde 1999 ha costado afrontar a los distintos Gobiernos que han pasado por La Moncloa. Muchos hablaban de la necesidad de afrontar una segunda descentralización de la Administración, de dotar a los municipios de más autonomía para la gestión de sus propios recursos, entendiendo que la Administración municipal en concreto era la primera línea de “defensa” entre el ciudadano y la Administración Pública.

Además, desde el año 1985 que se aprobó la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local se había detectado disfuncionalidades propias del sistema que se había creado. Se veía la necesidad

de ahondar en la autonomía del Gobierno Local, de profundizar en su financiación, etc...

Sin embargo, a mitad de camino la crisis económica mundial que deriva en España en una intervención por parte de la Unión Europea y la necesidad de adecuarse a los standards de déficit público impuestos por Europa, el Gobierno del Estado gira en la concepción de la Administración Local y pretende generar en ella un ahorro neto de casi 9.000 millones de euros. Es por ello que se empiezan a redactar numerosos ejemplares de normas que pretendían una reforma estructural de la Administración Local, si bien la aprobada finalmente con las siglas LRSAL (Ley 27/2013, de 30 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), es una versión descafeinada que se centra más que en la racionalización en la sostenibilidad.

En la tramitación parlamentaria de la LRSAL son numerosas las enmiendas interpuestas por el Grupo Vasco en las Cortes Generales, que han derivado en un régimen específico y singular en la Administración Municipal de la Comunidad Autónoma Vasca (entendemos desde esta perspectiva que no podemos comparar al Territorio Histórico con la Provincia de régimen común y no la vamos a entender en este trabajo como entidad local a la vista del sistema institucional vasco y navarro).

En este trabajo tenemos intención de dar un poco de luz a la situación competencial de las Administraciones Municipales en general y de las navarras y vascas en particular (sin diferenciar mucho entre unas y otras a la vista de las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª de la LRSAL). En materia de competencias de las entidades municipales se analizarán, en consecuencia cuáles han sido los cambios que se han realizado.

I. DEFINICIÓN DEL SISTEMA DE RÉGIMEN LOCAL Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LRSAL

La Constitución Española, dentro de su Título VIII, Capítulo I, bajo la denominación Principios Generales en el artículo 137, establece las bases de organización territorial del Estado cuando dice: “*El Estado se organiza territorialmente en Municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*”. En el ámbito de las entidades locales, este artículo se ve completado mediante los artículos 140 a 142 de la Constitución. En dichos artículos, se reconoce la autonomía municipal y provincial, así como su necesaria suficiencia financiera, y de igual modo, el artículo 148.1.2ª establece cuáles serán las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas. Debemos entender todo el entramado del bloque de constitucionalidad como una garantía Constitucional para las Entidades Locales y su autonomía, base primigenia del sistema local.

La moderación relativa a la regulación Constitucional, y concretamente la definición del concepto y contenido de la Autonomía Local, que como se ha visto está constitucionalmente garantizada, han provocado que el Tribunal Constitucional tenga un gran papel en todo lo relativo a este asunto. En este sentido, y en aras a determinar el concepto de autonomía, creemos imprescindible mencionar algunas de las definiciones que la jurisprudencia del Alto Tribunal nos ha ofrecido.

Debemos señalar, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero, por ser la primera en definir de forma clara el sistema de la siguiente manera¹: «*La Constitución Española, parte de la unidad de la Nación Española que se constituye en Estado Social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución*

¹ STC 4/1981.

vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, la participación en el ejercicio del poder de Constitución al decir que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se sustituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses».

El precepto transcrito refleja una concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía. Resulta así necesario delimitar cual es el ámbito del principio de autonomía, con especial referencia, a municipios y provincias, a cuyo efecto es preciso relacionar este principio con otros establecidos en la Constitución.

Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, la autonomía no es soberanía – y aún este poder tiene sus límites –, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución.

De aquí que el Art. 137 de la Constitución delimite el ámbito de estos poderes autónomos, circunscribiéndoles a la “gestión de sus respectivos intereses”, lo que exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo.

De acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio.

Este poder “para la gestión de los respectivos intereses” se ejerce por lo demás en el marco de Ordenamiento. Es la Ley, en definitiva la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del prin-

cipio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución, tanto en relación a las Comunidades Autónomas concebidas como entes dotados de autonomía cualitativamente superior a la administrativa, como a los entes locales».

Con esta definición puede deducirse que lo que prevalece es una eficacia en la gestión de los asuntos públicos de interés para la comunidad, que tiene en la administración local la primera “trinchera” de la Administración. En ese mismo sentido, tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de julio de 1981, establece que² «...la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias».

1.1. El carácter bifronte del régimen jurídico de las entidades locales

En la configuración del sistema competencial del régimen local, no podemos olvidarnos del famoso carácter bifronte del régimen jurídico de las entidades locales, que viene resaltado entre otras por el Tribunal Constitucional especialmente en su sentencia 84/1982 (FJ4), cuando concluye que³: «Este carácter bifronte, del régimen jurídico de las autonomías locales, que hace imposible calificarlo, de forma unívoca, como intracomunitario o extracomunitario, no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo artículo 137 concibe municipios y provincias elementos de división y organización del territorio del Estado, dividido y organizado también éste en su integridad y sin mengua de ella en Comunidades Autónomas. Ambas formas de organización se superponen sin anularse, y si bien el grado de autonomía que es propio de las Comunidades les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se

² STC 32/1981.

³ STC 84/1982.

incluyen en su territorio, éstas y aquéllos no desaparecen ni se convierten en meras divisiones territoriales para los fines de la Comunidad, aunque puedan cumplir también esta función. Las provincias siguen siendo divisiones territoriales para el cumplimiento de la actividad del Estado, y municipios y provincias, como entes dotados de personalidad jurídica propia, pueden ser autorizados por el ordenamiento para asumir, a título singular, el desempeño de funciones o la gestión de servicios que el Estado proponga transferir o delegar y que se corresponden con u ámbito de intereses propios definidos por la Ley». Y en este mismo sentido se pronuncia la ya más que famosa Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre, que no reproducimos dada la mención que en todos los foros se hace de la misma.

1.2. El Sistema generado en 1985 con la LRBRL

Es importante conocer los antecedentes que inspiraron a la LRBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) retrotrayéndonos a la situación preconstitucional, y es importante porque el carácter forjado en el municipio es el que inspira su configuración como un ente que goza de autonomía para la gestión de sus propios intereses. No nos vamos a ir hasta el municipio del siglo XIX y la Ley de Ayuntamientos de 14 de julio de 1840. Pero si debemos mencionar en primer lugar la Ley Municipal de 1935 que apenas tuvo vigencia práctica pero que tiene un gran contenido técnico y la Ley franquista de Régimen Local de 1955 por ser la que más tiempo se ha mantenido en vigor (30 años en vigor y uno de sus reglamentos de desarrollo aun continua hoy siendo de aplicación: el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

Esta última norma fue de aplicación en la época de la transición y hasta 1985 (cuando la CE ya contaba con 7 años de vida), que por un lado no tenía carácter democrático, pero que en su artículo 101 atribuía a los municipios una amplísima gama de funciones y competencias, si bien todo el régimen local estaba sometido a un férreo control por el Estado. La Ley de 1955 tuvo muchas modificaciones y entre ellas son de destacar la realizada el 5 de diciembre de 1968. Pero marco un antes y un después

la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto del Régimen Local que preveía un nuevo texto articulado que no llegó a aprobarse por la muerte del Dictador Franco, siguiendo en vigor la Ley del 55 pero con modulaciones propias de los nuevos tiempos.

Debemos tener en cuenta el gran papel de las entidades locales en la consecución de un régimen democrático, pues fueron las primeras elecciones democráticas de 3 de abril de 1979 las municipales. Sin embargo, tal y como define el profesor Martín Rebollo⁴, “*la llegada de la democracia oscurece la necesidad de afrontar los temas del mundo local pendientes, de manera que en un primer momento, todo queda reducido a lo más obvio: la democratización de los órganos de gobierno municipal*”. Así, la CE se preocupa más de la descentralización política y dedica poco espacio a la entidad local. Sin embargo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 advierte de la inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley de Régimen Local de 1955 por vulnerar muchos de sus preceptos el principio de autonomía local delimitando por primera vez dicho principio como garantía institucional.

En esta situación surge el Real Decreto Ley 3/1981 que se convertirá en la Ley 40/1981, de 28 de octubre, de régimen jurídico de las corporaciones locales. Con todo ello se avanzaba hacia la necesidad de una nueva reforma local que tras numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (alguna de las cuales ya hemos mencionado) vino en 1985 de la mano de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El sistema que nos ofrecía la Ley 7/1985 Reguladora de Bases del Régimen Local, trataba de atribuir competencias a las Entidades Locales basándose en los principios de descentralización y gestión administrativa de los ciudadanos, garantizando el derecho a intervenir en los asuntos que afecten a sus intereses.

⁴ MARTÍN REBOLLO, Luis y otros autores: *Código de Leyes Administrativas*, ed. Aranzadi edición número 16^a Zizur Mayor, 2010.

La exposición de motivos de la Ley de Bases del Régimen Local establece que son pocas las materias que de forma íntegra se puedan atribuir al exclusivo interés de las Corporaciones Locales; pero de la misma forma, también son pocas las materias que no se consideren de interés local, y por ese motivo, la cuestión de los ámbitos competenciales de los entes locales debe tener en cuenta una composición equilibrada, teniendo en cuenta los factores que se detallan a continuación:

- a) La necesidad de la garantía suficiente de la autonomía local, que cumple satisfacer en primer término a la ley general por tratarse del desarrollo de una opción de la Nación en términos de, cuando menos, un mínimo común denominador en cuanto al contenido de dicha autonomía.*
- b) La exigencia de la armonización de esa garantía general con la distribución territorial de la disposición legislativa sobre las distintas materias o sectores orgánicos de acción pública, pues es a todas luces claro que una y otra no pueden, so pena de inconstitucionalidad, anularse recíprocamente.*
- c) La imposibilidad material, en todo caso, de la definición cabal y suficiente de las competencias locales en todos y cada uno de los sectores de intervención potencial de la Administración local desde la legislación de Régimen Local”.*

De esta manera por lo tanto debe ser el sistema legal de concreción competencial de la autonomía local. Según el preámbulo al que hacíamos referencia anteriormente, a la hora de establecer las materias competenciales de las Corporaciones Locales, se basan en el derecho que tienen las Entidades Locales a intervenir, desde el principio de descentralización constitucional y la realización del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos, permitiendo así la implicación relativa de los intereses de las colectividades en cualquier asunto público.

Este mecanismo viene proporcionado por la imposición de la legislación sectorial y la articulación de las competencias administrativas en

la materia de que se trate, de forma consecuente con la misma, así como la atribución a la legislación básica estatal de una función de aseguramiento de un mínimo competencial a la Administración Local.

En este sentido, el artículo 7 de la LRBRL establece este sistema de atribución de competencias, estableciendo en su primer apartado qué tipo de competencias tienen las entidades locales: propias o atribuidas por delegación. De tal manera que nos encontramos con unas competencias que son ya de por sí de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales territoriales, que deberán ejercerse en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, y otras que se delegan por parte del Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias. Estas últimas competencias se deben ejercer según lo establecido en las disposiciones o en el acuerdo de delegación, siempre teniendo en cuenta el artículo 27 de la mencionada ley, previendo técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia.

Y en tercer lugar, tenemos unas competencias que no se califican ni como propias ni como delegadas, comúnmente conocidas como impropias, que únicamente podrán ejercerse cuando «*no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública*» y además para ello serán necesarios informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que aparezcan que no existen duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Tras la Ley del 85 vinieron numerosas reformas entre las cuales destacamos la aprobación por parte de España de la Carta Europea de la Autonomía Local y la operada a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre con la que se pretendía modernizar el gobierno local. Se vislumbra la necesidad de un nuevo régimen local para lo cual en 2005 se ela-

boró por el Gobierno del Estado el Libro Blanco Para la Reforma del Gobierno Local que ahondaba en el concepto de la autonomía local y se hablaba de la necesidad de la segunda descentralización del Estado. Así en 2006 se presentó el Anteproyecto de nueva Ley para la Administración Local. Sin embargo, la tardanza en su desarrollo hizo que con el tiempo se desechara debido básicamente a la crisis económica sobrevenida.

1.3. El nuevo sistema de 2013

En 2008 el Estado entra en una profunda crisis que comienza teniendo un carácter meramente económico pero que redonda finalmente en una crisis económica, financiera e institucional. Los acontecimientos se precipitan y el Estado queda cerca de ser rescatado por las instituciones europeas. Eludir el rescate al Estado no implica que el mismo quede intervenido, ya que la banca española si tiene que ser “rescatada”, y se empiezan a dar los famosos ajustes notables de la deuda pública. La intervención europea en el Estado trae consigo la necesidad de reformas institucionales que no dejan de lado a la Administración Local.

Lo primero que realiza el Estado en cuanto a las reformas estructurales prometidas a Europa y sin que casi no nos diéramos cuenta, fue una reforma del artículo 135 de la CE, dando cabida así a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Con dicha reforma en la mano se aprobó la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, dentro de la cual también afecta a las Entidades Locales.

Con todo ello, en el plan de reformas de la Administración Local que el estado presenta a las instituciones Europeas en 2012 (Programa Nacional de Reformas de 2012, aprobado por el Gobierno del Estado en abril de 2012) se pretenden ahorrar para 2019 ocho mil millones de euros solo en la reforma local. Empiezan a surgir los numerosos anteproyectos de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de las Administraciones Locales, dictámenes del Consejo de Estado y ríos de tinta sobre sus

posibles y futuros efectos. Es por ello que siguiendo al profesor Rafael Jiménez Asensio podemos concluir sin ningún tipo de temor que la Ley 27/2013, de 30 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de las Administraciones Locales es hija de la crisis y tiene bien poco de racionalización y mucho de sostenibilidad.

Entre las pretensiones del Programa Nacional de Reformas 2012 estaba en materia de Régimen Local el ahorro de 4.000 millones de euros en gastos impropios, es decir, en gastos de las entidades locales en materias que no le son propias (las famosas competencias impropias). Eso era casi la mitad del ahorro pretendido por el Estado en materia de régimen Local.

Esta Ley parte de la modificación del régimen local, en la que se entiende en aras de intentar superar una crisis económica, que la Administración local debe contribuir al objeto de consolidación fiscal que implantan los compromisos europeos adquiridos, garantizando así la sostenibilidad financiera racionalizando su estructura y actividades, exigiendo esto la necesidad de un modelo competencial que se ajuste.

Para alcanzar este fin general, se entiende existen tres objetivos parciales:

- 1.- Clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras administraciones. Se trata de que las Entidades Locales no ejerzan más competencias que aquellas que expresamente atribuye la Ley, salvo que una vez estén financieramente garantizados los servicios obligatorios y prestados con el nivel de calidad exigido, puedan prestar servicios complementarios si cuentan para ello con la financiación necesaria. Con el objetivo de la suficiencia financiera se regulan los convenios interadministrativos y la delegación de competencias.
- 2.- Racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia y equilibrio financiero, con dos medidas principales: fortalece

a las Diputaciones provinciales asumiendo parte de las competencias municipales centralizando servicios para lograr economías de escala; y reducción de las entidades instrumentales que conforman el sector público local. También se propone una reducción del número de corporativos electos con una modificación de la LOREG, pero para las siguientes elecciones locales.

- 3.- Fortalecer la figura del interventor local y de los funcionarios con habilitación de carácter nacional para dotarlo de mayor imparcialidad y garantizar así un control financiero y presupuestario más riguroso de las Administraciones locales. Propone recuperar la regulación anterior al Estatuto Básico del Empleado Público y alejar del ámbito de la decisión local la gestión de este personal.

Esta adaptación de la nueva normativa básica del Régimen Local, se produce como consecuencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución Española, dando pie el mismo a la aprobación de una Ley Orgánica (LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera).

De tal manera que el nuevo sistema viene a ser el siguiente: Se modifica el artículo 7 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, en el que se mantiene la dualidad entre competencias propias y delegadas, añadiendo el control de eficiencia al de oportunidad en el ejercicio de las competencias. Además añade un cuarto párrafo con el reconocimiento expreso del ejercicio de las competencias no previstas en la Ley, así como otras actividades económicas, pero puntualizando que sólo excepcionalmente se podrán ejercer este tipo de competencias cuando no se ponga en riesgo financiero el ejercicio de las competencias propias, y se garantice la sostenibilidad financiera del ejercicio de las nuevas competencias o actividades económicas, respetando el cumplimiento del principio de eficiencia y el resto de los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

II. COMPETENCIAS PROPIAS

En este apartado vamos a intentar dar luz sobre la determinación de las competencias propias de las entidades locales y para ello debemos en primer lugar definir que entendemos por competencias propias. El artículo 137 de la CE establece que todas las entidades locales tienen autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Parece pues que son competencias propias de las entidades locales todas aquellas que sirvan a sus propios intereses⁵. Sin embargo, la CE no establece unas competencias propias específicas a las entidades locales, limitándose a garantizar su autonomía local, es decir, no hace un reparto competencial expreso, como sí hace con el Estado y las CCAA. Así que en la CE no se definen las competencias del municipio, con lo que estas deberán ser determinadas de otra forma, por ley según se deduce de los artículos 137 y 140 de la CE.

El artículo 2.1 de la LRBRL establece los principios de reparto competencial, al objeto de garantizar la autonomía de las entidades locales y debiendo el Estado y las CCAA atribuir competencias a los municipios en los distintos sectores de acción pública. Es decir, serán competencias de los municipios aquellas competencias que las leyes sectoriales autonómicas o estatales les atribuyan cuando afecte al círculo de intereses de la materia que va a ser regulada.

Dicho artículo fue objeto de recurso de inconstitucionalidad que derivó en la famosa sentencia 214/1989 cuyo fundamento jurídico tercero establece la obligación que tienen el Estado y las CC.AA. para la atribución de competencias a las entidades locales en aquellas materias que sirvan a los intereses de las propias entidades locales, creando así el carácter bifronte de las entidades locales.

⁵ Recordemos aquí que tal y como establece hasta la fecha la doctrina del Tribunal Constitucional en las Sentencias número 32/1981, 27/1987, 214/1989, 109/1998 o 252/2005: “*la garantía constitucional de la autonomía local es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado*”.

Se determina pues que son propias todas las competencias que el Estado y las CC.AA. atribuyan a los municipios mediante una Ley en aquellas materias que sean de su interés.

2.1. Las competencias propias en el régimen local de la LRBRL de 1985

El pilar fundamental del sistema competencial de las entidades locales establecido en 1985, a través de la LRBRL, es la autonomía local; siguiendo el reconocimiento que hacen los artículos 137 y 140 de la CE. La exposición de motivos elaborada para la LRBRL en 1985 es muy contundente cuando en su apartado segundo párrafo tercero establece expresamente: *“La autonomía municipal debe ser el principio regulador de cada Entidad”*. En definitiva todo el sistema de la LRBRL desde 1985 hasta 2013 pivota en el respeto a la autonomía local, para que las entidades locales gestionen sus propios intereses.

El artículo 7 de la LRBRL en su redacción de 1985 divide las competencias municipales en propias y delegadas, estableciendo que las competencias propias de los municipios solo podrán ser determinadas por Ley y deberán ejercitarse en régimen de autonomía (nuevamente el principio de autonomía local) y bajo la propia responsabilidad de la entidad local, siguiendo de esta manera también con la potestad de autoorganización reconocida a las entidades locales en el artículo 4.1 de la LRBRL.

En esta obligación para establecer las competencias mediante Ley, es el capítulo III del Título II (artículos 25 a 28) el que desarrolla el esquema perfilado entre los artículos 2 y 7 de la LRBRL. Así el apartado 1 del artículo 25 de la LRBRL dice: *“el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”* (lo que se ha denominado cláusula de capacitación general). Para pasar en el apartado segundo del mismo artículo a determinar aquellas materias en las que tanto el Estado como las CCAA, a cada uno en sus respectivas competencias, deben reservar competencias para los mu-

nicipios al objeto de que estos gestionen sus respectivos intereses, siguiendo así lo establecido en el apartado tercero del artículo 25 de la Ley⁶.

⁶ Recordemos a este respecto que el párrafo tercero del artículo 25 no fue declarado inconstitucional por la STC 214/1989, cuyo fundamento jurídico tercero establece: “*En contestación a las alegaciones de los recurrentes, cabe decir que el art. 2 de la L.R.B.R.L. contiene dos previsiones bien diferenciadas, aunque dirigidas a idéntico fin. Fin que no es otro que el de concretar el alcance de la garantía constitucional de la autonomía local desde la perspectiva de las competencias locales. La Ley se ajusta así, en principio, a la propia doctrina constitucional, según la cual, «la garantía constitucional (de la autonomía local) es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado», correspondiendo al Estado «la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia» de las Entidades locales constitucionalmente necesarias.*

a) *A esta idea responde el párrafo 1.º del art. 2:*

(...).

b) *Ahora bien, el art. 2 va más lejos y, en esa función garantista de las competencias mínimas de las autonomías locales, añade en su párrafo 2.º que «las Leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los Entes locales en la materia que regulen».*

El Abogado del Estado alega de contrario, frente a la impugnación de dicho precepto, que se trata de una previsión de futuro que solo concierne a la legislación ordinaria del Estado. Sin embargo, semejante explicación —y justificación— no es admisible. Y no lo es porque no se trata de una previsión que solo concierne a la legislación estatal, sino que incide directamente en las propias competencias autonómicas.

Pues bien, la norma impugnada, que es una norma incompleta o de remisión, no avala o garantiza, por sí misma, la constitucionalidad de las leyes básicas sectoriales, pero no por ello es inconstitucional ya que tiene en su fundamento las mismas razones que se dan en el párrafo 1.º de este art. 2, resultando una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los Entes locales que proclama el art. 137 de la Constitución y de su garantía institucional, según el art. 140 de la misma. Todo lo cual nos lleva a un fallo interpretativo del precepto contenido en el art. 2, párrafo 2.º, en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las Entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía (arts. 137 y 140 de la Constitución). Ello no asegura que la ley básica estatal y sectorial (montes, sanidad, etc.) que tal cosa disponga sea, sin más, constitucional, porque si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local habrá invadido competencias comunitarias y será por ello, inconstitucional, correspondiendo en último término a este Tribunal Constitucional ponderar, en cada caso, si las competencias de ejecución atribuidas a los Entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía.

c) *En consecuencia, el art. 2.2.º de la L.R.B.R.L. es constitucional interpretado en el sentido expuesto, desestimando los recursos en todo lo demás, lo que debe extenderse, por conexión con este art. 2. a la impugnación efectuada por la Generalidad de Cataluña del art. 25.3 de la Ley”.*

Todo el sistema sigue los dictados del artículo 4.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local que establece que las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra entidad.

Por otro lado debemos atender también a los servicios mínimos que el artículo 26 de la redacción de la LRBRL en 1985 establece como obligatorios de los municipios, entendiéndose que para la gestión de dichos servicios los municipios tienen todas aquellas competencias que las Leyes les atribuyan. En el sistema del 85 los municipios podían solicitar a la Comunidad Autónoma la dispensa de prestar los servicios mínimos establecidos en el artículo 26 cuando su cumplimiento sea difícil o imposible por la entidad local, cooperando así CCAA y Diputaciones Provinciales en la gestión de los servicios municipales. Sin embargo, es de destacar que dicha dispensa la solicita a su voluntad el municipio (haciendo uso del principio de autonomía local y de la potestad de autoorganización).

2.2. Las competencias propias tras la modificación de la LRBRL operada mediante la Ley 27/2013

En 2013 con la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, la famosa LRSAL, se acusa a la LRBRL de diseñar un modelo competencial que da lugar a disfuncionalidades, aunque este haya permanecido vigente durante casi 30 años. En evitación de disfuncionales relacionadas con la duplicidad de competencias se establece un nuevo régimen competencial (desvirtuando el modelo del 85), régimen que no es tan nuevo pues sigue el esquema del 85 pero con diferencias claras en cuanto a la asunción de competencias. En este sentido las competencias propias también sufren esta modificación⁷.

⁷ Seguimos a lo largo del epígrafe el criterio establecido por Guillermo Lago Núñez que dice: “La nueva Ley diseña un sistema de determinación de las competencias más estrecho del que se definía hasta ahora en la LRBRL que parte de su clasificación en distintas categorías (artículo 7 LRBRL, en la redacción que prevé el art. 1. Tres de la LRSAL): las competencias propias, que

La modificación operada sobre el artículo 2 de la LRBRL añade nuevos principios a tener en cuenta a la hora de gestionar cada municipio su “circulo de intereses”: el principio de eficacia y eficiencia, y estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, haciéndose eco de la modificación constitucional del artículo 135 de la CE y de la aprobación de la Ley Organiza 2/2012. Principios que como hemos dicho antes han acabado por desfigurar el modelo del 85.

La modificación sufrida en el artículo 7 de la Ley en relación a las competencias propias es evidente. Aunque los nuevos apartados 1 y 2 recogen una descripción similar, cambiando solo el orden del mismo. Efectivamente las competencias siguen siendo propias o delegadas, sin definir lo que se entiende por competencia propia o lo que significa.

Al volver a tratar el tema de las competencias en el artículo 25, la nueva redacción operada a través de la LRSAL elimina la referencia a “toda clase de servicios”, quedando la nueva redacción de la siguiente forma: *“El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, en los términos previstos en este artículo”*. En detrimento del principio de autonomía local conocido hasta la fecha⁸, el municipio ya no puede promover toda clase de actividades y prestar cuanto servicios públicos (tal y como se estableció en el 85) estime necesarios para la gestión de sus propios intereses, porque la promoción de actividades y prestación de servicios queda sujeto a lo que establecen los artículos 25 y 26 de la Ley y concretamente los sistemas de control de competencias que en el se estable-

se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, “atendiendo siempre a la debida coordinación y ejecución con las demás Admiinstraciones Públicas”, pudiendo ser reconocidas unicamente por Ley:..”. LAGO NÚÑEZ, Guillermo: *La tercera reforma del régimen local en España*, ed. La Ley. Publicado en el Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, enero de 2014.

⁸ Desaparece el carácter de “clausula de capacitación general” que se había abierto en 1985 con la redacción del artículo 25.1 de la LRBRL.

cen y que analizaremos a continuación. Hoy con la nueva redacción dada por la LRSAL a la LRBRL, los artículo 25 y 26 giran solo en torno a las competencias propias de los municipios.

El apartado 2º del artículo 25 de la Ley vuelve a establecer un listado de materias en las que el estado y las comunidades autónomas deben atribuir competencias a los municipios, renovando el catálogo. Esta renovación ha traído consigo un cambio en el lenguaje utilizado que moderniza la descripción realizada hasta el momento, pero aprovechando este cambio también ha reducido o suprimido⁹ materias tales como la defensa de los consumidores y usuarios, la programación de la enseñanza, la participación en la gestión de la atención primaria de la salud o la prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social¹⁰.

Sin embargo, a partir del apartado 3º de la Ley se establece el sistema de atribución de competencias o, como las denomina la Nota Explicativa de la Reforma Local emitida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 5 de marzo de 2014, las garantías del sistema de atribución de competencias propias. La atribución de competencias se realizará como siempre por Ley¹¹ (autonómica o estatal dependiendo de quien tenga atribuidas las competencias en cada materia), pero la atribu-

⁹ En palabras del profesor Francisco Velasco Caballero en el estudio del Instituto de Derecho Local de Madrid titulado sobre la aplicación de la LRSAL en el País Vasco, el artículo 25 no suprime más que unas pocas materias pero retranquea el mínimo sobre el que los legisladores sectoriales pueden atribuir competencias a las entidades locales.

¹⁰ En este sentido en relación a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud o la prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social las Disposiciones Transitoria 1ª y 2ª atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas en materia de salud y servicios sociales respectivamente, lo cual a los ojos de cualquier jurista es un disparate, ya que el único instrumento que puede atribuir competencias a las Comunidades Autónomas es la CE.

¹¹ Tanto la Nota Explicativa a la Reforma Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 5 de marzo de 2014 como la Circular de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos de 11 de marzo de 2014 coinciden en señalar el carácter formal de la Ley que debe atribuir las competencias, tal y como se venía haciendo desde 1985.

ción dependerá del cumplimiento de los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, dejándose de lado los principios de autonomía y máxima proximidad al ciudadano, que pasan con la LRSAL a un segundo plano.

Cuando esta Ley de atribución competencial vaya a aprobarse, deberá con respecto a dicha atribución de competencias acompañar una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de la Administración Local y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia de la actividad, previendo suficiencia de recursos para las entidades locales. Dichas leyes deberán ser acompañados de informe del ministro o consejero autonómico de hacienda y administración pública.

Además la Ley atribuye una competencia propia al municipio garantizando que no exista duplicidad con respecto a la misma.

Por otro lado, el artículo 26 de la LRBRL según la nueva redacción dada por la LRSAL vuelve a atribuir la obligación de prestar unos servicios mínimos a los municipios según su población. Sin embargo, para aquellos municipios con una población inferior a 20.000 habitantes una serie de servicios¹² quedarán bajo la “coordinación” de las respectivas Diputaciones Provinciales.

Para coordinar la Diputación Provincial propondrá con el consentimiento del municipio al Ministerio de Hacienda y Administración Pública la forma de prestación de dicho servicio en alguna de las siguientes formas:

¹² Dichos servicios son los siguientes:

- Recogida y tratamiento de residuos.
- Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- Limpieza viaria.
- Acceso a los núcleos de población.
- Pavimentación de vías urbanas.
- Alumbrado público.

- Que los servicios los preste directamente la Diputación Provincial, que le imputará el coste al municipio y dejará la tasa correspondiente en manos de la propia Diputación Provincial..
- Que los servicios se presten mediante la implantación de formas de gestión compartidas a través de consorcios, mancomunidades u otras formulas.
- Que el servicio lo preste el municipio a su cargo, para lo cual deberá el municipio justificar que la prestación por el mismo tiene un coste efectivo menor¹³ que el derivado de cualquiera de las otras formas de gestión propuestas por la Diputación Provincial al Ministerio.

2.3. Conclusiones

Vistos los regímenes aplicables nos percatamos en primer lugar del cambio en la visión del modelo: mientras el modelo del 85 estaba enfocado hacia el respeto a la autonomía local; el de 2013 está claramente enfocado hacia la sostenibilidad financiera. Y es que parece claro que incluso en la atribución de competencias propias en las materias establecidas en el apartado segundo del artículo 25, tal y como hemos adelantado, se pasa de un sistema basado en la autonomía local a un sistema basado en la suficiencia financiera, en la eficacia y en la estabilidad presupuestaria, dejando de lado la proximidad a los vecinos, los intereses propios del municipio, la autonomía local y limitándose también la capacidad/potestad de autoorganización del municipio.

¹³ El gasto efectivo de los servicios se calculara conforme a lo establecido en el artículo 116.ter de la LRBRL introducido por la LRSAL, cuyo apartado segundo establece: “*el cálculo del coste efectivo de los servicios tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos mencionados en el apartado anterior*”. Sin embargo se deja a una Orden ministerial la concreción de dichos criterios de cálculo, siendo el Ministerio el que determine como debe calcularse dicho coste efectivo sin atender a los municipios ni a sus circunstancias específicas.

La propia LRSAL en su preámbulo marca un camino claro en lo que respecta a sus objetivos y la influencia que en esta Ley tienen el artículo 135 de la CE y la Ley Orgánica 2/2012, siendo guía del nuevo sistema tal y como establece el preámbulo de la LRSAL la estabilidad financiera de las entidades locales. El sistema de competencias propias establecido con la modificación de la LRBRL de 2013 ya no pivota en la autonomía local, sino en el impacto económico que tiene la atribución de tal competencia y en la existencia de duplicidades o no.

Siempre ha existido la duda de si realmente los municipios tienen una competencia que sea propia o no, en ningún texto legal ni jurisprudencial se define exactamente que significa intereses propios y mucho menos de cuales son dichos intereses en los municipios¹⁴.

La definición de los intereses propios la hace el legislador (autonómico o estatal) y por ello si antes teníamos dudas sobre si realmente son propias o no las competencias que como propias se derivan del sistema, ahora la duda es mayor porque además de definir las su definición dependerá del impacto económico que dicha atribución de competencias tiene en el municipio. Aunque se establece la obligación de “suministrar” recursos a los municipios para que gestionen esas competencias propias, si las mismas tienen una valoración inasumible por la entidad local o por la comunidad autónoma o por el estado no se realizará la atribución; y tampoco si pone en peligro la estabilidad presupuestaria de la entidad local, independientemente de los intereses de los vecinos y del municipio.

Es decir, tras la modificación operada las competencias propias que les atribuirán el legislador estatal y el legislador autonómico, dependerán

¹⁴ Debemos atender aquí a lo señalado como intereses respectivos en el Fundamento primero de la STC 37/1981: “El concepto de los intereses respectivos de las Comunidades Autónomas, de los municipios y de las provincias, cumple sobre todo la función de orientar al legislador para dotar a estas entidades territoriales de los poderes o competencias precisos para gestionarlos. Es el legislador, sin embargo, el que dentro del marco de la Constitución determina libremente cuales son estos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad las competencias que requiere su gestión”.

ahora también de si dichas competencias las pueden ejercer los municipios en base no tanto del principio de autonomía local como al de suficiencia financiera alterando tal y como hemos definido en el primer epígrafe de este trabajo el orden constitucional establecido en los artículos 137 y 140 (autonomía local) y artículo 142 (suficiencia financiera).

El artículo 25.4 de la LRBRL según la redacción dada por la LRSAL obliga al legislador “atribuidor” de competencias propias al municipio a hacer un análisis sobre el impacto de la atribución de competencias al municipio. Este análisis deja la atribución de competencias en manos de si el Municipio puede hacerse cargo de las mismas, análisis que no hace el propio municipio sino otra Administración Pública. Por otro lado, el mismo precepto legal obliga a quien atribuya la competencia mediante Ley a dotar de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales, sin que suponga un mayor gasto para la Administración Pública. Es decir, que en el caso de que la atribución de la competencia propia suponga un gasto superior para la Administración Pública no se hará tal atribución.

Concluimos pues mostrando que el concepto de competencia propia se acerca más al de competencia delegada que al de gestión de sus propios intereses que marca la constitución. Sin embargo, también podemos concluir que en realidad el cambio no es tan grande como a priori pueda parecer, pues el sistema de atribución de competencias sigue siendo el mismo (con las garantías establecidas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la LRBRL).

Por otro lado, nos preocupa el encaje de este sistema dentro de la Carta Europea de la Autonomía Local¹⁵. El artículo 4.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL) establece a las claras que “*Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda*

¹⁵ No debemos olvidar en ningún momento que tras el instrumento de ratificación de la Carta Europea de la Autonomía Local de 20 de enero de 1988, en virtud de lo establecido en el artículo 96 de la CE este formará parte del ordenamiento interno y, por tanto, deberá ser respetado por el Legislador.

materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad” y parece que la forma de atribuir competencias que se vislumbra tras la LRSAL pone en solfa esa libertad plena e iniciativa que le reconoce la CEAL al municipio. Bajo el sistema de 1985 el Municipio disponía de una capacidad de iniciativa y creatividad¹⁶ que desaparecen en 2013.

Según el esquema que hemos descrito en los apartados 2.2 y 2.3 de esta exposición, así como en el capítulo referente al sistema general de atribución de competencias, para la LRSAL es más importante el impacto económico y financiero que tenga la atribución de la competencia que la gestión de los propios intereses del municipio, ya que el municipio solo ejercerá competencias propias y solo le serán estas atribuidas si las puede “pagar”.

La CEAL configura un articulado que reconoce al municipio autonomía suficiente para poder realizar sus propias competencias y gestionar así sus intereses, bajo ningún control de ningún tipo (artículo 8 de la CEAL¹⁷) salvo aquellos que sean necesarios en virtud del principio de oportunidad.

Concluimos pues advirtiendo la falta de constitucionalidad del artículo 25.4 ya que el mismo va en contra de la CEAL y de los principios que a ella le inspira, según el ordenamiento jurídico.

¹⁶ Siguiendo la terminología utilizada por los profesores Luciano PAREJO y Francisco VELASCO CABALLERO en las jornadas sobre la aplicabilidad de la LRSAL en el País Vasco celebradas el 10 de enero de 2014 en el Palacio de Euskalduna en Bilbao.

¹⁷ El artículo 8 de la CEAL establece:

“Artículo 8. Control administrativo de los actos de las Entidades locales.

- 1. Todo control administrativo sobre las Entidades locales no puede ser ejercido sino según las formas y en los casos previstos por la Constitución o por Ley.*
- 2. Todo control administrativo de los actos de las Entidades locales no debe normalmente tener como objetivo más que asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales. Sin embargo, tal control podrá extenderse a un control de oportunidad, ejercido por autoridades de nivel superior, respecto de las competencias cuya ejecución se haya delegado en las Entidades locales.*
- 3. El control administrativo de las Entidades locales debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar”.*

Finalmente y en relación a las cuestiones de control establecidas en el CEAL debemos hacer una mención más que especial a la prestación de los servicios de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes y la supuesta coordinación de los servicios por la Diputación Provincial, ya que a nuestro juicio el sistema para la prestación de servicios establecido en el artículo 26 de la nueva LRBRL atenta directamente contra la autonomía local y sobre todo contra la imposibilidad de realizar controles sistemáticos según lo establecido en el artículo 8 de la CEAL.

Con este nuevo sistema la posibilidad o no de prestar determinados servicios por los municipios inferiores a 20.000 habitantes en el ámbito de sus competencias, queda en manos de lo que decida la Diputación Provincial. Nos damos cuenta de que el nuevo artículo 26 de la LRBRL establece un sistema de control preventivo ordinario y analítico.

Antes de la LRSAL el control por parte del Estado y de las CCAA era un control de legalidad bajo el prisma del resultado, es decir, las entidades locales estaban obligadas a remitir a las Administraciones del Estado y de las CCAA copia y extracto comprensivo de los actos y acuerdos adoptados, pudiendo estos recabar información concreta sobre determinados acuerdos (artículo 56 de la LRBRL) y haciendo un control de legalidad sobre los mismos o sobre interferencias en la competencia de los mismos (artículo 65). Siguiendo a Eva DESDENTADO DAROCA se establece un sistema de control judicializado, restrictivo e ineficaz, pero sobre el resultado y para aquellos casos en los que se advierta una ilegalidad, una inactividad o una invasión de competencias¹⁸.

Sin embargo, el sistema de control (porque no deja de ser un control) establecido en el artículo 26 redactado por la LRSAL no va en contra de determinadas actuaciones municipales o en contra de un resultado, sino de una previsión. Es decir, podrás prestar el servicio si la Diputación Provincial, previo informe del Ministerio de Hacienda y Administración

¹⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva y otros: *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, ed. La Ley, Madrid, 1ª ed. Noviembre de 2010.

Pública te lo permiten en virtud del coste efectivo del mismo, cuyos criterios los establece una Orden Ministerial. El control es previo y este control va en contra de lo establecido en el artículo 8 de la CEAL.

Entendemos así que se daña la autonomía local aunque determinados autores como Emiliano Sanz Rubio cuestionan este daño por entender que la autonomía local queda garantizada dado que en el artículo 26 se establece que la propuesta formulada por la Diputación Provincial al Ministerio de Administraciones Públicas y Hacienda requiere la conformidad del municipio afectado¹⁹. Sin embargo, a nuestro juicio no es una visión acertada pues no queda garantizada la salvaguarda del gobierno local ya que la decisión queda en manos del Ministerio de Administraciones Públicas y las Diputaciones Provinciales que tendrán la última palabra en cuanto el Ministerio le informe favorablemente, y por tanto, por “razones del servicio” podrán suplantar la voluntad municipal.

El control administrativo de los actos según CEAL tiene como objeto asegurar el respeto a la legalidad y a los principios constitucionales, pero sobre un resultado al igual que lo hace la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Un sistema que dice, si el municipio no puede prestar el servicio o no ha podido prestar el servicio por no cumplir con los criterios de estabilidad y regla de gasto, se adoptarán las medidas necesarias (establecimiento de un plan económico-financiero entre otros).

¹⁹ SANZ RUBIO, Emiliano: *Significado y contenido de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Hacia una ordenación del Gobierno Local*, ed. Digital Grupo Francis Lefebvre, enero 2014. En dicho artículo el autor establece: “Así, si bien la propuesta de la forma de prestación de los servicios al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas corresponde a la Diputación, se requiere de la conformidad de los municipios afectados. Pero, además, como salvaguarda del gobierno local y aun en el caso de que se haya acordado ese desplazamiento prestacional, cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación Provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado”.

Sin embargo, el sistema de la LRSAL es diferente porque para que un municipio pueda prestar uno de los servicios enumerados en el apartado 2 del artículo 26 o relacionado con el mismo, se regula un control sistemático basado en el coste efectivo de los servicios y de la coordinación con las Diputaciones Provinciales que pondría en tela de juicio si realmente se respeta el principio de autonomía local. Es más, aunque el municipio justifique que su sistema de prestación de servicios es mejor que el propuesto por la Diputación Provincial (en términos de coste efectivo del servicio) será esta la que decida si el municipio ha justificado bien o no y si prestará el servicio de forma independiente o no.

Podemos concluir pues que el control sistemático para la prestación de servicios establecido en el nuevo artículo 26.3 de la LRRL es contrario a la CEAL y por tanto al ordenamiento jurídico.

III. COMPETENCIAS DELEGADAS

La delegación de competencia es un instrumento de desconcentración de la labor de las Administraciones Públicas al objeto de mejorar la eficacia y eficiencia en el ejercicio de competencias y prestación de servicios. Consiste en que una Administración delega en otra Administración o en otro órgano administrativo el ejercicio de determinadas competencias, sin perder por ello el órgano delegante la titularidad de dicha competencia. Este concepto se aleja un tanto del concepto de delegación de competencia que se establecía en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y la redacción que del artículo 13 hizo la Ley 4/1999, de 13 de enero.

En este sentido, la LRJPAC al definir la delegación de competencias en el artículo 13 establece que los órganos de las diferentes administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, cuestión

que no se produce en el ámbito de la definición competencial de las Administraciones Locales donde se permite delegación competencial entre Administraciones Públicas distintas.

Esta claro que si la delegación de competencia se hace entre órganos de una misma Administración Local esta estará sujeta a lo establecido en el artículo 13 de la LRJPAC, sin embargo los artículos 7 y 27 de la LRBRL hablan de la delegación que otras Administraciones Públicas (ya sea la estatal, la autonómica u otras de carácter local) hacen a una Administración Local. Todo ello sin olvidar que en ambos casos la entidad delegante no perderá la titularidad de la competencia delegada.

Además el artículo 7 de la LRBRL en la vieja y en la nueva redacción establece como competencias de las entidades locales las que otras Administraciones Públicas les delegan, pero ello no significa que la competencia cambie de titularidad, se ejercerá dicha competencia en representación de la entidad delegante, la cual tendrá labores de control y policía sobre la misma.

3.1. Las competencias delegadas en el régimen local de la LRBRL de 1985

El artículo 7.1 de la vieja LRBRL del 85 establecía como competencia de la entidad local la posibilidad de que otra Administración Pública atribuyera una competencia a la misma, sin que la Administración delegante perdiera la titularidad de la misma. Las competencias atribuidas por delegación se ejercen en los términos del propio instrumento de delegación. Este instrumento puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad que, en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la entidad local.

Bajo la redacción de la LRBRL efectuada en el año 85 el artículo 27 daba forma al planteamiento realizado en el artículo 7 de tal forma que perfila el sistema de delegación de competencias. A este respecto el artículo 27 de la LRBRL establecía quienes eran los sujetos delegantes: el Estado, las Comunidades Autónomas y otras entidades locales podrán delegar competencias en el municipio. Podrá efectuarse la delegación con

un objeto claro: delegar competencias en materias que afecten a los intereses propios del municipio, eso sí, para mejorar la eficacia de la gestión pública y alcanzar una mayor participación ciudadana.

El acuerdo o disposición en la que se materialice la delegación debía tener el siguiente contenido:

- Alcance, contenido, condiciones y duración de la delegación.
- El sistema de control que se reserve la administración delegante.
- Los medios materiales, personales y económicos que se transfieran a la administración delegada.

Para que la delegación surta los efectos oportunos el municipio interesado deberá aceptar la delegación formulada por la Administración Delegante y salvo que una ley imponga la delegación será necesario informe de la Comunidad Autónoma. En caso de que una Ley establezca de forma obligatoria la delegación deberá dotarse la delegación con los medios necesarios para su desempeño.

Sin embargo, tal y como posibilitaba el artículo 7.3 de la vieja LRBRL, al entender como entendía que en la delegación no hay un cambio de titularidad de la competencia se establecen posibles medidas de control sobre la competencia delegada por parte del delegante. Así el apartado 2º del artículo 27 al objeto de dirigir y controlar los servicios delegados podrá realizar las siguientes:

- Dictar instrucciones técnicas de carácter general.
- Recabar en cualquier momento información sobre la gestión municipal.
- Enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas.

En caso de incumplimiento de las directrices dictadas por la Administración Delegante, denegación de las informaciones que sobre el servicio

delegado se hayan solicitado o la inobservancia de los requerimientos efectuados por la Administración Delegante, esta podrá revocar la delegación o ejecutar el servicio delegado en nombre del municipio.

3.2. Las competencias delegadas tras la modificación de la LRBRL operada mediante la Ley 27/2013

Con la redacción de la LRBRL que hace la LRSAL se sigue el mismo esquema que existía hasta la fecha. El artículo 7 de la LRBRL establece la posibilidad de que otras Administraciones Públicas atribuyan competencias al municipio por delegación. Sin embargo, ya desde la definición que hace el nuevo artículo 7 no todas las Administraciones Públicas podrán delegar competencias al municipio, ahora solo la Administración General del Estado y la Administración General de la Comunidad Autónoma respectiva podrán delegar competencias en el municipio, eliminándose la posibilidad que existía de que otra Administración Local delegara en el municipio. Así lo corrobora también el nuevo artículo 27 de la LRBRL. Se deja en entredicho si los Territorios Históricos pueden o no delegar las competencias que le son propias, aunque a tenor de lo establecido en las disposiciones adicionales 1ª de la LRSAL y 2ª de la LRBRL (según su nueva redacción) y el Estatuto de Autonomía junto con la LTH debemos entender que sí.

La delegación se seguirá ejerciendo en los términos establecidos en el acuerdo o disposición de delegación, sin embargo se deberán aplicar las reglas mínimas establecidas en el artículo 27 de la LRBRL.

Según la nueva redacción que en esta materia realiza la LRSAL se definen claramente los motivos²⁰ por los que se puede realizar la delegación. Se elimina la referencia a la gestión de los intereses propios y la ma-

²⁰ Establece la norma como objetivos claros de la delegación los siguientes: “*de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa*”, según el artículo 27.3 de la LRBRL según la redacción dada por la LRSAL.

por participación ciudadana, referencias que ni se hacen en el nuevo texto, dañándose así la línea de flotación del principio de autonomía local. Ahora el objetivo sigue siendo la mejora de la eficiencia de la gestión pública, pero se añade el objetivo de evitar duplicidades administrativas, estableciéndose como principios rectores de la delegación la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

El contenido de la disposición o acuerdo de delegación seguirá siendo el mismo aunque se hacen dos matizaciones. En cuanto a la duración de la delegación esta no puede hacerse por un plazo inferior a 5 años y la asignación de medios personales, materiales y económicos no podrá suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas, ni para la delegante ni para el delegado. Por otro lado, la disposición o acuerdo de delegación deberá de ir acompañado de una memoria donde se justifiquen los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (además de la mejora en la eficiencia de la gestión pública) y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas.

Para la delegación de la competencia se establece un principio de homogeneidad por el cual en caso de que una misma competencia se realice en más de un municipio dicha delegación sea similar u homogénea, pudiendo el Estado o la Comunidad Autónoma solicitar la coordinación de la competencia a la Diputación Provincial.

El apartado 3º del nuevo artículo 27 de la LRBRL tras la reforma operada por la LRSAL establece una lista de materias en las que las CCAA y el Estado podrán hacer las delegaciones, siempre en criterios de homogeneidad y que se genere un ahorro neto de recursos. Este listado formulado en el párrafo tercero según la Nota Explicativa de la Reforma Local emitida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas es meramente ejemplificativa, con lo que debemos entender que al municipio se le pueden delegar competencias en cualquier competencia, siempre que se vean afectadas por dichas materias.

El resto de cuestiones sobre la delegación quedan de la misma forma que en el 85, sin embargo se hace un par de matizaciones más:

La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación. El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la Entidad Local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que esta tenga con aquélla.

La disposición o acuerdo de delegación establecerá las causas de revocación o renuncia de la delegación. Entre las causas de renuncia estará el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante o cuando, por circunstancias sobrevenidas, se justifique suficientemente la imposibilidad de su desempeño por la Administración en la que han sido delegadas sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias. El acuerdo de renuncia se adoptará por el Pleno de la respectiva Entidad Local.

3.3. Conclusiones

Nuevamente se deja de lado la autonomía local, no se hace referencia ni a los intereses propios del municipio al que se le delega la competencia ni a los intereses y participación de la comunidad vecinal. La delegación ahora suena más a necesidad de la Administración delegante que a la eficiencia y proximidad al vecino del municipio.

Por otro lado, también se recorta la autonomía local al negar la posibilidad de delegación a otras Administraciones Locales, cuestión esta que tiene relevancia en la posibilidad de delegar competencias que pueden tener los municipios en entidades supramunicipales o la posibilidad de estas entidades supramunicipales de carácter local en delegar a los municipios determinadas competencias.

Con respecto al sistema de delegación que se estableció en el 85 ahora se establecen unas reglas mínimas a las que toda delegación debe seguir.

IV. COMPETENCIAS IMPROPIAS

La LRSAL deroga el artículo 28 de la LRBRL y modifica su artículo 7, por otro lado se reformula la cláusula de capacitación general establecida en el artículo 25.1 de la LRBRL y, todo ello, intentando controlar la prestación por parte de los municipios de aquellas competencias que siendo de su propio interés no estén atribuidas de forma directa a los municipios, lo que en la doctrina se ha conocido como competencias impropias. Como dice el profesor Jiménez Asensio se pretende que las competencias sean tasadas, desapareciendo así las impropias²¹.

Hasta la fecha el municipio podía ejercer competencias y prestar servicios en todas aquellas materias en las que se vieran afectados sus intereses, ya que en base al principio de autonomía local consagrado en los artículos 137 y 140 de la CE podrían realizar cualesquiera actividades para la gestión de sus propios intereses. Así, los municipios con base en la cláusula de capacitación general que se redactaba en el artículo 25.1 de la vieja LRBRL y en el artículo 28 de la LRBRL, ejercían competencias complementarias y prestaban servicios en otras materias que no eran propias de su competencia.

Ello dio lugar a una serie de competencias que si bien no estaban reconocidas expresamente en ninguna norma, los municipios ejercían para la mejor gestión de sus intereses conforme a sus posibilidades financieras y presupuestarias. Todo ello sin que esta categoría de competencias se fijara de forma determinada.

Sin embargo, la LRSAL con el fin de eliminar el déficit existente en los municipios y de evitar duplicidades bajo el principio de “una administración una competencia” y al objeto de unificar y centralizar que se

²¹ www.estudioconsultoria.com

Las Competencias Municipales tras la modificación del régimen local operada con la aprobación de la Ley 27/2013. Especial referencia a la Comunidad Autónoma del País Vasco y Comunidad Foral de Navarra

reconoce, establece un sistema por el cual solo cuando se justifique debidamente se podrán ejercer este tipo de competencias.

En este apartado analizaremos el sistema previo existente hasta la fecha, para pasar a analizar el nuevo sistema establecido en las normas.

4.1. Las competencias impropias en el régimen local de la LRBRL de 1985

Partiendo de la base del artículo 2 de la LRBRL según la redacción anterior a la LRSAL y teniendo en cuenta las potestades de autoorganización, de programación, financiera y de planificación reconocidas en el artículo 4 del citado texto legal, muchos municipios (por no decir todos) comenzaron a prestar servicios en aquellas materias que si bien no eran expresamente de su competencia eran complementarias a competencias de otras Administraciones Públicas, pero afectaban directamente a los intereses de los municipios.

No en vano el artículo 28 de la vieja LRBRL decía: *“Los municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”*. Los municipios fuera de su propio ámbito competencial (que se establecía en el artículo 7 de la Ley) y siempre que se lo pudieran permitir, podrían ejercer competencias/actividades complementarias a las de otras Administraciones Públicas, siempre para la gestión de sus propios intereses.

Debemos señalar también que el viejo artículo 25.1 de la LRBRL establecía una cláusula de capacitación general al establecer la posibilidad de los municipios de ejercer toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos para satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal. Este artículo fue una auténtica ventana que permitía al Ayuntamiento hacer todo lo que pudiera a favor de la comunidad vecinal y de su población. Ello interpretado bajo el prisma de la autonomía local y de los principios consagrados en la CEAL permitieron que los municipios “adquirieran” competencias en materias muy heterogéneas.

No cabe decir mucho más sobre este tema, salvo que los municipios han ido ejerciendo durante casi 29 años este tipo de competencias, siempre y cuando la situación presupuestaria del municipio lo iba permitiendo y siempre bajo el prisma de la máxima proximidad a los ciudadanos que consagraban entre otros la cláusula de capacitación general de competencias.

4.2. Las competencias propias tras la modificación de la LRBRL operada mediante la Ley 27/2013

Todo el sistema anterior se ha visto trastocado por la LRSAL. Si atendemos a la exposición de motivos de la LRSAL y a su afán unificador y “clarificador” vemos claramente la asunción de un nuevo principio que si bien no es contrario a la autonomía local supone un ataque a su línea de flotación en lo que a los municipios se refiere. Hablamos del principio de “una administración una competencia”.

Con este objetivo y en pos de evitar la duplicidad de competencias entre Administraciones Públicas, el legislador estatal en primer lugar en base a los principios establecidos en la nueva redacción dada al artículo 2 de la LRBRL de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, suprime el artículo 28 de la LRBRL, evitándose así la prestación de actividades complementarias de competencias de otras Administraciones Públicas que hasta la fecha ejercían los municipios.

Pero además, el legislador ha tomado conciencia de la existencia de determinadas competencias y prestaciones de servicios que los municipios venían ejerciendo en base a la cláusula de capacitación general del antiguo artículo 25.1 de la LRBRL (que elimina la referencia a la prestación de toda clase de actividades) y al principio de autonomía local. La nueva redacción del artículo 25.1 solo hablará de las competencias propias de los municipios, dejando de ser una cláusula de capacitación general, al eliminar de su redacción las palabras “toda clase de actividades”.

Eliminadas las referencias a la prestación de competencias que no sean expresamente asignadas a los municipios y siendo conscientes de que los municipios pueden prestar otro tipo de competencias, el legislador de la LRSAL modifica el artículo 7 de la LRBRL dándole una redacción en la que se regula la posibilidad de prestar competencias impropias²²:

“Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

A tenor de lo establecido en el apartado 4º del artículo 7 transcrito los municipios sí podrán ejercer competencias distintas de las propias (explicadas en el capítulo segundo de este trabajo) y de las delegadas (capítulo tercero), con tres condiciones:

- Que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal.
- Que no se de duplicidad con las competencias y servicios que ejercen otras Administraciones Públicas.
- Obligación de ejercer la competencia en los términos establecidos por la legislación estatal o autonómica.

²²Terminología que no ha consentido el Consejo de Estado para su incorporación normativa, ya que entendía que las competencias no pueden ser impropias. En este sentido, el legislador ha optado por otra definición como distintas de las propias y de las atribuidas por delegación.

Así para el ejercicio de competencias distintas de las propias o delegadas (es decir, competencias impropias) se crea un procedimiento de control de los dos requisitos mencionados, debiendo el municipio antes del ejercicio de dichas competencias solicitar: informe a la Administración competente por razón de la materia, autonómica o estatal, en el que se señale la inexistencia de duplicidad; e informe a la Administración que tenga atribuida la tutela financiera en el que se señale si la nueva competencia cumple con los requisitos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Por tanto y en resumen, si un municipio quiere ejercer competencias que no sean propias o que no se les hayan atribuido por delegación, antes de iniciar con el ejercicio de la competencia deberán recabar a la Administración que sea competente por razón de la materia un informe sobre si existe o no duplicidad en el ejercicio de dicha competencia y un segundo informe a quien realiza la tutela financiera de la entidad local (a la Administración General del Estado, salvo en los Territorios Históricos Vascos y la Comunidad Foral Navarra) para que determine si con el ejercicio de dicha competencia van a seguir respetándose los criterios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecidos en la Ley Orgánica 2/2012.

Dichos informes son vinculantes para la Administración Local y si uno de los dos es de signo negativo, la Administración Local no podrá prestar o ejercer dicha competencia. Por tanto e indirectamente tal y como señala José Manuel Martínez Fernández²³ *“solo «excepcionalmente» se podrán ejercer este tipo de competencias cuando «no se ponga en riesgo financiero el ejercicio de las competencias propias, y se garantice la sostenibilidad financiera del ejercicio de las nuevas competencias o actividades económicas, respetando el cumplimiento del principio de eficiencia y el resto de los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

²³ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: *Comentario al Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 17, Sección Actualidad, Quincena del 15 al 29 Sep. 2012, Ref. 1897/2012, pág. 1897, tomo 2, Editorial LA LEY.

Se zanja así la correlación existente entre competencias, garantizando en primer lugar que el municipio deberá ejercer las competencias que le son propias o las delegadas y solo después de garantizar bajo los criterios de sostenibilidad financiera que es posible ejercer competencias distintas a las primeras podrán ejercerse competencias distintas a aquellas. Es decir, se establece un orden de prelación en el que el municipio ejercerá sus competencias, primero las competencias propias y las delegadas y finalmente las impropias.

4.3. Conclusiones

La LRSAL establece un sistema competencial que con base en la redacción que en 1985 se le dio a la LRBRL, introduce cambios sustanciales encaminados todos ellos a cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que con base en la nueva redacción del artículo 135 de la CE se han desarrollado en la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Siguiendo los comentarios emitidos por el profesor JIMÉNEZ ASENSIO en la web mencionada nos encontramos no en una Ley de racionalización sino frente a una Ley de Sostenibilidad Financiera producto única y exclusivamente de la situación de crisis que se está viviendo.

Una Ley que abandona los criterios de aquella tan famosa “segunda descentralización” y pretende unificar y recentralizar en base a criterios de sostenibilidad financiera. Desde el año 99 hasta la crisis económica en la que nos vemos envueltos en la actualidad, la necesidad de una reforma local era clara y evidente, pero se encaminaba más en la profundización de la autonomía local y en la importancia de la vida local en los ciudadanos, que en cuestiones de índole exclusivamente económicos. De hay el famoso Libro Blanco para la Reforma Local de 2005 y el anteproyecto de Ley para la Reforma del Gobierno Local que se gestó en 2006. Proyectos todos ellos encaminados a gestionar lo que la doctrina conocía como la “segunda descentralización”, la descentralización que venía después de la gestación del Estado de las Autonomías.

Sin embargo tal y como hemos dicho tras la aprobación de la LRSAL, producto de la crisis existente, se han abandonado todos estos trabajos que sobre la autonomía local se iban desarrollando. La cercanía o proximidad al ciudadano se ve desvirtuada por la aparición de nuevos principios rectores que se plasman definitivamente en la reforma del artículo 2 de la LRBRL: la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

Una muestra de las dos ideas plasmadas hasta el momento es la redacción que sobre las competencias “distintas de las propias y las atribuidas por delegación” (las competencias impropias) se ha hecho en el nuevo artículo 7.4 de la LRBRL. Se marca la preferencia o el orden en el que se deben prestar las competencias: primero las propias y las delegadas y luego las impropias (las distintas). Este orden nos parece incluso lógico, pues no tendría sentido que el Ayuntamiento no dedicara a las competencias que le son propias (y que configuran las necesidades básicas del municipio) más atención que a aquellas que no le son propias.

Así con la nueva composición se establece el orden para el ejercicio de las competencias, pero se dejan estas competencias impropias a la merced de la situación económica del municipio no importando las necesidades de los vecinos y sin ningún otro criterio para su ejercicio que el meramente económico.

Para poder prestar estas competencias hay que pasar un doble test: el del órgano que realiza la tutela financiera de la Administración Local y el de la Administración que por razón de la materia sea competente. El primero para saber si en virtud de los recursos de los que dispone el Ayuntamiento puede ejercer la competencia y el segundo para que en evitación de duplicidades se verifiquen que la futura posible competencia municipal no se ejerce por otra Administración. Así, con que uno de los informes sea negativo será suficiente para que el Ayuntamiento no ejerza la competencia.

Se altera de nuevo el orden constitucional entre la autonomía local y la suficiencia financiera, suficiencia financiera que por otra parte dejará de estar en manos del municipio, sino de quien ostente la tutela finan-

ciera de la entidad local. La autonomía municipal queda en manos de la suficiencia financiera de forma expresa y tajante, desgarrando al municipio su capacidad creativa.

Pero además, tal y como hemos hablado en el capítulo segundo de este trabajo sobre las competencias propias es evidente la contradicción existente entre el nuevo artículo 7.4 de la LRBRL y el artículo 8 de la CEAL (que ya ha sido redactado). Si con respecto a las competencias propias y respecto de la autonomía local ya se evidenciaba una contradicción con dicho precepto internacional, en el campo de las competencias impropias las discrepancias son más claras.

Y es que se establece un sistema ordinario de control sobre el ejercicio de las competencias que atenta contra la autonomía local y además contradice las exigencias establecidas en la CEAL. Por todo ello debemos concluir que el sistema de competencias “distintas” contradice la autonomía local y por tanto también la CEAL y los artículos 137 y 140 de la CE.

Además de todas estas cuestiones existen algunas que francamente preocupan al redactor de este trabajo y que el tiempo aclarará. Son dudas en referencia a la aplicación del artículo 7.4 a aquellas competencias que sin ser las establecidas como propias o delegadas en la reforma operada bajo la LRSAL ya están siendo prestadas por los municipios.

En este sentido una de las posibilidades es la respuesta dada a la consulta formulada a través de la edición digital de Francis Lefebvre EDE 2014/1363 de 23 de enero de 2014 y que transcribiremos a continuación: *“Por ello, y ante la situación actual planteada, antes que dejar de prestar el servicio público de modo inmediato, entendemos que el Ayuntamiento debe a la mayor brevedad recabar el informe previo y vinculante de la administración competente a los efectos de ejercer esta competencia “impropia”, instando así mismo instrucciones al respecto con carácter de urgencia por parte de dicha Administración para que se pronuncie sobre la continuidad del servicio en dicho ínterin, al objeto de que el mismo no quede desatendido y atendiendo además al hecho de que se está ejecutando con una subvención otorgada por esa misma Administración”.*

Nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Deben los municipios hacer un inventario de aquellas competencias que no le son propias según lo establecido en la LRSAL y solicitar los informes que establece el nuevo artículo 7.4 de la LRBRL? ¿Solo deben solicitar dichos informes aquellas entidades locales que no puedan cubrir sus competencias propias? ¿Solo deberán solicitar dichos informes aquellos que se encuentren en la actualidad bajo un plan económico-financiero? Nosotros no nos atrevemos a hacer un análisis de lo que va a ser de dichas competencias impropias, las que ya se prestan y que deberían dejar de prestarse. Sin embargo, es una muestra de la problemática existente en los municipios y del desapego que la reforma ha tenido con los mismos.

V. EL SISTEMA COMPETENCIAL DE LA LRSAL EN LA CAV

Se está escribiendo mucho sobre el efecto que la LRSAL va a tener en los municipios de la Comunidad Autónoma Vasca (a partir de ahora CAV) ya que la incorporación de la Disposición Adicional 1ª de la LRSAL y la modificación de la Disposición Adicional 2ª de la LRBRL y la Disposición Adicional 8ª del TRLHL plantea un horizonte nuevo no solo para el desarrollo de los municipios vascos o para el desarrollo de la futura Ley Municipal, sino para el propio autogobierno vasco.

5.1. Régimen Local vasco existente hasta la LRSAL

Antes de iniciar con el análisis de las competencias de los municipios vascos tras la LRSAL, es conveniente hacer dos análisis bien diferenciados. El primero, sobre el sistema local dentro de la Comunidad Autónoma Vasca; y el segundo, sobre la legislación que se aplicaba antes de la LRSAL.

Con respecto a las competencias de la CAV en materia de Régimen Local debemos partir de lo establecido en la Disposición Adicional 1ª de la CE y del artículo 3 del EAPV, con los que se diseña el entramado institucional vasco: Instituciones Comunes Vascas (Gobierno y Parlamento

Vasco) y Territorios Históricos (Juntas Generales y Diputaciones Forales)²⁴. Así, el régimen local se menciona expresamente en el artículo 10 del EAPV como competencia exclusiva de la CAV (junto con el Estatuto de los Funcionarios), eso sí, en el marco de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la CE (que concede competencia al Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas).

Por otro lado, los Territorios Históricos también tienen competencias en materias que afectan a los municipios²⁵ (además de las propias de las Diputaciones provinciales) y que se establecen entre el Estatuto de Autonomía y la LTH, y que resumimos a modo ejemplificativo como:

- Las demarcaciones de ámbito supramunicipal que no excedan los límites provinciales.
- Régimen de los bienes municipales, tanto de dominio público como patrimoniales.
- Régimen electoral municipal.
- Aquellas competencias que les transfieran.

Por otro lado, debemos dejar claro el Régimen Local que se derivaba de la vieja LRBRL del 85, porque se hacían menciones expresas a los Territorios Históricos y al régimen foral, que se exceptonaba del régimen general. Por un lado, el Territorio Histórico tiene un carácter distinto según lo que se establece en el artículo 39 de la LRBRL. Pero debemos mencionar de forma contundente las salvedades establecidas en las Disposiciones Adicionales 2ª de la LRBRL, 8ª del TRLHL y la Dis-

²⁴ Según el artículo 24.2 del EAPV los Territorios Históricos son poderes del País Vasco y como tal mantendrán sus instituciones forales y tendrán potestad de autoorganización, con su propio régimen jurídico privativo.

²⁵ No olvidemos a este respecto tampoco la salvedad que se hace en el artículo 39 de la LRBRL, que confiere al Territorio Histórico un carácter distinto al de una Diputación Provincial de Régimen Común o como las define el profesor Martín Razquin Lizarraga “no son simples Diputaciones Locales”.

posición final 3ª de la LOEPSF. La primera fijaba el régimen económico-financiero de los municipios en el marco del Concierto Económico²⁶, la segunda exceptúa del régimen de las haciendas locales a los territorios históricos; y la tercera que establece la aplicación de los principios y criterios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera dentro del marco del concierto económico²⁷.

Tras la STC 214/1989, de 21 de diciembre, quedaron claras tres cuestiones con respecto a los Territorios Históricos:

- Que los Territorios Históricos tienen una estructura y organización propias y autonomas sin vinculación con la regulación que se hace de la provincia en la LRBRL. Asumiendo este ente las competencias del artículo 36 de la LRBRL.
- Reconocimiento de un sistema tributario y financiero basado en el Concierto Económico.

Con todo ello, se establece un sistema competencial del municipio vasco como ente local con unas competencias más amplias que las de cualquier otro municipio de otra comunidad autónoma por dos motivos: El alcance competencial del EAPV y la suficiencia financiera de las Administraciones Públicas Vascas con base al Concierto Económico.

²⁶ No hacemos mención por no influir en el tema del artículo al régimen de los Funcionarios Locales con carácter de Habilitación Nacional.

²⁷ En este sentido la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, que desarrolla la LOEPSF con respecto a las obligaciones de información financiera y presupuestaria deberá aplicarse la DF3ª de la Ley que desarrolla y deja en manos de las Diputaciones Forales por ser los órganos de tutela financiera de los municipios vascos. Y es de aplicación lo establecido en el artículo 48.5 de la Ley de Concierto Económico: *“Las facultades de tutela financiera que, en cada momento, desempeñe el Estado en materia de Entidades Locales, corresponderán a las instituciones competentes del País Vasco, sin que ello pueda significar, en modo alguno, un nivel de autonomía de las entidades locales vascas inferior al que tengan las entidades de régimen común”*.

5.2. La influencia de la LRSAL en el ámbito competencial municipal de la CAV

La LRSAL en su pretensión de racionalizar (o restringir) la Administración Local ha seguido respetando las singularidades vascas que siguen teniendo como pilar fundamental en el marco del régimen local al EAPV, la LTH y el Concierto Económico. Se vuelven a redactar las Disposiciones Adicional 2ª de la LRBRL y Adicional 8ª del TRLHL, para incluir la propia LRSAL una Disposición Adicional 1ª que no hace más que cerrar el sistema local vasco. Vamos a establecer a continuación las peculiaridades que las nuevas disposiciones establecen para el ámbito competencial de los municipios vascos una por una:

a) *Modificación de la Disposición Adicional 2ª de la LRBRL*

La redacción de la nueva LRBRL (con las modificaciones establecidas por la LRSAL) se aplicará con respecto a los Territorios Históricos con sujeción a sus propias peculiaridades, es decir, que la Ley se aplicará con sujeción a lo establecido en el EAPV, LTH y Concierto Económico. Y ello conlleva entre otras cosas la facultad de autoorganización libre de los Territorios Históricos, amparando y garantizando las peculiaridades históricas de las Entidades Locales. Las competencias de los municipios vascos se establecerán con arreglo a lo establecido en dichos instrumentos abriendo un amplio abanico de posibilidades en el ámbito competencial del municipio.

Son significativas las alusiones al régimen municipal que se realiza en el apartado sexto de la nueva Disposición Adicional 2ª de la LRBRL y es que como nota principal los Territorios Históricos seguirán manteniendo su régimen especial en materia municipal (y supramunicipal) en lo que afecta a su régimen económico-financiero. Lo cual acarrea dos consecuencias directas que la propia disposición remarca:

- Las Diputaciones Forales desarrollarán los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios que prestan las entidades locales, es decir, los criterios que servirán para determinar cual es el coste

efectivo de un servicio no serán los del Estado sino los propios de las Diputaciones Forales.

- Al ser las Diputaciones Forales los órganos de tutela financiera de los municipios serán estas las que establezcan las reglas para la formulación de los planes económico-financieros que según el nuevo artículo 116bis de la LRBRL deban realizar aquellos municipios que no cumplan con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En virtud de estas sencillas reglas parece lógico pensar que en relación a los informes que sobre los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera deben requerir los municipios para la prestación de competencias (tanto propias del artículo 25.3 como distintas de las propias o delegadas del artículo 7.4), serán las Diputaciones Forales las que los emitan en virtud de los criterios y reglas que ellos mismos establecen. Lo cual además de lógico simplifica los distintos procedimientos a seguir.

Cuando en el ámbito de las competencias propias de los artículos 25 y 26 de la LRBRL según la redacción dada por la LRSAL el municipio pretenda realizar un servicio o actividad coordinado con la Diputación, será esta misma entidad proponente la que en virtud del coste efectivo del servicio pretendido calculado con las reglas que ella misma establece proponga la fórmula más adecuada para su gestión. Es decir, el sistema se queda en casa: El municipio pretende dar un servicio coordinado en alguna de las materias del artículo 26.2 y para establecer el mejor método de prestación del servicio quien propone, establece los criterios de coste efectivo y resuelve es la Diputación Foral, sin necesidad de acudir al Estado y simplificando así el proceso²⁸.

²⁸ Esta situación puede acarrear el siguiente problema del cual damos cuenta en las conclusiones y es que al ser el órgano foral el que puede establecer los criterios para establecer el coste efectivo de los servicios, y al haber 4 Territorios Históricos (los de la CAV y el de la CFN), puede acabar habiendo 4 sistemas distintos de establecimiento de criterios.

Por otro lado, al establecer el procedimiento para el ejercicio de competencias distintas de las propias o de las delegadas en el artículo 7.4 de la LRBRL serán las Diputaciones Forales las que informen sobre si la prestación de la nueva competencia pone en riesgo los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (regla de gasto, deuda viva y estabilidad presupuestaria).

Por tanto y en conclusión en virtud de lo establecido en la nueva Disposición Adicional 2ª de la LRBRL la relación con respecto al ámbito económico-financiero del régimen competencial de los municipios no será con el Estado sino con las Diputaciones Forales y con las reglas que las mismas establezcan. En cuanto al ámbito material de las competencias, dependiendo de quien pueda ser el competente (Estado, CAV o Territorio Histórico), la relación será con quien materialmente sea el competente, por lo que a mayor autogobierno menor dependencia del Estado.

b) *Modificación de la Disposición Adicional 8ª del TRLHL*

Dicha disposición marca igual que hace la Disposición Adicional 2ª de la LRBRL la diferenciación del régimen municipal de los Territorios Históricos Vascos con respecto al ámbito económico-financiero. Pero va más allá y expresamente establece: “*Las Instituciones Vascas podrán, en sus respectivos ámbitos competenciales, atribuir competencias como propias a los municipios de sus respectivos territorios, con sujeción, en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*”. Nos veríamos casi en la obligación de hablar en vez del carácter bifronte de la competencia municipal (Estado y CCAA), del carácter trifronte de las entidades municipales vascas, ya que pueden atribuirles competencias el Estado, la CAV y su respectivo Territorio Histórico²⁹.

²⁹ Lo cual nos trae otro problema que es la posibilidad de crear un ámbito municipal distinto por cada Territorio Histórico.

Finalmente todo lo relativo al control interventor de los municipios pasa por el órgano de tutela financiera del Territorio Histórico según lo dispuesto en el artículo 48.5 de la Ley de Concierto Económico.

c) *La Disposición Adicional 1ª de la LRSAL*

Esta Disposición Adicional establece de una forma clara cuál es el régimen aplicable a las entidades locales de la CAV (para la CFN se establece una Disposición Adicional 2ª) y conforme a que hay que aplicar y enumera el siguiente marco legal:

- Artículos 149.1.14ª, 149.1.18ª y Disposición Adicional Primera de la CE.
- EAPV y sus peculiaridades: LTH y Ley de Concierto Económico.
- LOEPSF

y además establece expresamente: “...*la competencia para decidir sobre la forma de prestación de servicios a la que se refiere el artículo 26.2 de la Ley de Bases del Régimen Local corresponderá a las Diputaciones Forales previa conformidad de los municipios afectados*”.

5.3. Aplicabilidad al ámbito municipal vasco de la LRSAL en relación con las competencias municipales

La publicación de la LRSAL supuso para todos los municipios vascos una situación de expectativa ante la literalidad de la norma, lo que hizo surgir dudas sobre qué hacer con las competencias que hoy día ya se estaban ejerciendo y sobre quién y cómo se iban a articular todas las cuestiones competenciales que se planteaban desde los artículos 25, 26 y 7.4 de la nueva LRRL. Todos eran conscientes de las conclusiones de la FEMP, que hacen una interpretación demasiado literal de la norma, y las notas aclaratorias del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Ante esta situación la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos reaccionó de una forma rápida

y contundente al emitir una circular³⁰ interpretativa que aclara mucho el proceder de los municipios tras la entrada en vigor de la LRSAL. Circular que pasamos a analizar y que inicia su exposición admitiendo el cambio sustancial que trae la LRSAL en el marco jurídico, organizativo y económico-financiero y admite que su aplicabilidad queda condicionada a lo que establezcan las Instituciones Vascas competentes y culminará con la Ley Municipal de Euskadi.

A este respecto la Circular establece con respecto al régimen competencial una serie de criterios que pueden servir de guía hasta que se ponga en marcha la Ley Municipal y establece todo un primer apartado de la circular para definir el marco competencial, que divide las competencias en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la LRBRL según su nueva redacción: competencias propias, delegadas y distintas de las propias o delegadas.

Con respecto a las competencias propias tras analizar el régimen establecido por la LRBRL en el artículo 25 concluye lo siguiente:

- Con respecto a las competencias que como propias se venían ejerciendo hasta la fecha y hasta la aprobación de la Ley Municipal de Euskadi los municipios seguirán ejerciendo las competencias que según la legislación sectorial en vigor venían ejerciendo hasta la fecha, con independencia de que se refieran o no a materias que figuran en el listado del artículo 25.2 nuevo. Todo ello siguiendo el criterio transitorio establecido en la Disposición Transitoria segunda de la LRBRL, por la cual hasta que el Estado y las Comunidades Autónomas no desarrollen esta materia los municipios conservarán las competencias que la legislación sectorial les atribuya.

³⁰ Nos referimos a la Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos, referente al sistema de ordenación de las competencias municipales y al régimen foral vasco, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

- Con respecto a las competencias delegadas, el régimen será el establecido en el artículo 7.3 de la LRBRL según la redacción dada por la LRSAL y su nuevo artículo 27 que posibilitan a la CAV delegar competencias de su titularidad, debiendo extender dicha facultad a los Territorios Históricos (aunque el artículo 27 parece no aclararlo).
- Con respecto a las competencias impropias (o mejor dicho distintas de las propias o delegadas), el régimen del artículo 7.4 solo se aplicará a las nuevas competencias distintas que puedan ejercer los municipios y, por tanto, no es de aplicación si dicha competencia ya se venía prestando. En aquellas que sean nuevas nos aclara el órgano de Gobierno Vasco al que debemos solicitar los informes de duplicidades, siendo la viceconsejería de relaciones institucionales del Departamento de Administración y Justicia del Gobierno Vasco.

5.4. Conclusiones: *La necesidad de desarrollo de un ámbito municipal vasco*

Manifestamos al igual que muchos de los autores a los que hemos citado que, la LRSAL (que ya muchos llaman nueva LRBRL) ha abierto un “futuro prometedor” a la Administración Local de la CAV, al permitir que sus municipios adquieran su régimen competencial del establecido tanto en el Estatuto de Autonomía como en la LTH, como aquellas que se derivan del concierto económico. Además, de establecer un control competencial de las entidades locales vascas sujeto no al régimen estatal sino al propio de los Territorios Históricos.

Sin embargo, esta situación conlleva unos riesgos que merece la pena exponer. A nuestro juicio, son los Territorios Históricos los que van a acabar determinando el régimen competencial propio de los municipios que se encuentren en su ámbito territorial y ello si no se armoniza puede suponer la creación de 4 regímenes locales diferenciados (incluyo al de Navarra, si bien al formar parte de otro pacto económico y de otra Comunidad, es claro que tendrá su propio régimen local).

Los órganos de coordinación de la Comunidad Autónoma Vasca tienen que jugar un papel fundamental en cuanto a la armonización del régimen local en lo que según sus propias competencias puedan intervenir (en este sentido, el Consejo Vasco de Finanzas juega un papel fundamental), sino se generarán regímenes locales diferentes en una misma comunidad autónoma, diferentes del de Navarra y del que establezca el Estado.

Es por todo ello que con la supuesta amenaza de la LRSAL la Comunidad Autónoma Vasca y la Foral Navarra pueden ver ampliado su nivel no solo en lo que a la administración se refiere, sino al propio autogobierno; pero requieren de una respuesta coordinada y unificada para no generar una diferencia sustancial entre territorios históricos.

Así podemos concluir que es más necesario que nunca la aprobación de una Ley Municipal que sirva de base a los distintos Territorios Históricos y regule y establezca el régimen competencial de los municipios y demás entidades locales de la Comunidad Autónoma Vasca.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y TEXTOS CONSULTADOS

6.1. Títulos Consultados

ALMONACID LAMELAS, Victor: *¿Nueva Reforma de la Ley de Bases del Régimen Local? La llamada "Reordenación Municipal"*, ed. El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2012.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: *Las competencias estatales y autonómicas para regular el régimen local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 7 bis, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 de Abril 2006, Ref. 1391/2006, pág. 1391, tomo 1, ed. LA LEY.

DESDENTADO DAROCA, Eva y otros: *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, ed. La Ley, Madrid, 1ª ed. Noviembre de 2010.

LAGO NÚÑEZ, Guillermo: *La tercera reforma del régimen local en España*, ed. LA Ley. Publicado en el Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, enero de 2014.

Las Competencias Municipales tras la modificación del régimen local operada con la aprobación de la Ley 27/2013. Especial referencia a la Comunidad Autónoma del País Vasco y Comunidad Foral de Navarra

MARTÍN REBOLLO, Luis: *Código de Leyes Administrativas*, Ed. Aranzadi S.A. edición número 16, 2010 Zizur Mayor, Navarra.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: *Comentario al Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 17, Sección Actualidad, Quincena del 15 al 29 Sep. 2012, Ref. 1897/2012, pág. 1897, tomo 2, Editorial LA LEY.

6.2. Jurisprudencia más relevante

STC 214/1989.

STC 32/1981.

STC 252/2005.

STC 37/1981.

STC 4/1981.

6.3. Legislación de referencia

Constitución Española (CE).

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Redacción anterior a la LRSAL y posterior (LRBRL).

Ley 27/2013, de 30 de diciembre, de Nacionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. (LRSAL).

TRRL.

Carta Europea De La Autonomía Local (CEAL).

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV).

Ley de Territorios Históricos.

Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre.

La Jurisprudencia del Tribunal Superior del País Vasco en Derecho Civil propio. El llamado “Recurso de Casación Foral”¹

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

Magistrado - Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 01/12/2014

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 18/02/2015

Resumen: El llamado “Recurso de Casación Foral” es objeto del presente estudio en el que tras analizarse la delimitación competencial y la nueva realidad de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, se explicitan los criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal y se adelanta el estudio de la posibilidad de establecimiento por parte de las Comunidades Autónomas de un recurso de casación propio en materia de Derecho civil foral, incidiendo en el caso vasco. Por último, se cierra el artículo con un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco durante estos últimos años.

Palabras clave: Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, casación foral, competencias Comunidades Autónomas, legislación autonómica, jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

¹ El presente artículo recoge y amplía la ponencia de igual título presentada el 27 de noviembre de 2014 dentro de la Jornada “*La Jurisprudencia civil foral vasca*” organizada por la Academia Vasca de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.

Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko Jurisprudentzia, zuzenbide zibil berezkoan. “Foru kasazioaren errekurtsua” deiturikoa

Laburpena: Azterlan honen xedea da “Foru kasazioaren errekurtsua” deiturikoa; hartara, estatu barneko eskumenen esparrua zedarriztatu egiten da eta ondoren, Justizia Auzitegi Nagusien arlo zibileko salen errealitatea aztertzen da; orobat, kasazio-errekurtsua eta prozesuko arauak urratzearen ondoriozko ohiz kanpoko errekurtsua onesteko irizpideak adierazten dira eta aurreratzen da autonomia erkidegoek berezko kasazio-errekurtsua ezartzeko izan dezaketen aukera, foru zuzenbide zibilaren arloan, bereziki Euskal Autonomia Erkidegoaren kasuan. Artikulua bukatzeko, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren azken urteetako jurisprudentzia aztertzen da.

Gako-hitzak: Justizia Auzitegi Nagusietako arlo zibileko salak, foru-kasazioa, autonomia erkidegoen eskumenak, autonomia legeria, Justizia Auzitegi Nagusiko jurisprudentzia.

Case law of the High Court of the Basque Country as regards its proper inherent civil law. The so-called “Provincial judicial review or motions to vacate”

Abstract: The so-called “Provincial judicial review or motions to vacate” is the subject matter of the present study wherein after analysing the limitation of powers and the new reality of the Civil Division of the Courts of Justice of the Basque Country, the leave to proceed requirements for judicial review or motion to vacate proceedings and extraordinary appeal proceedings for breaches of procedural law are explained herein and proposes the study of the option of the establishment by the Autonomous Communities of a proper inherent remedy of judicial review or motion to vacate under civil law, having an effect on Basque cases. Finally, the article concludes with an analysis of the case law of the High Court of the Basque Country in recent years.

Key words: Civil Division of the Civil Courts of Justice, provincial judicial review or motions to vacate, competencies of the Autonomous Communities, autonomous community legislation, case law of the High Courts of Justice.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y ORIGEN DE LAS SALAS DE LO CIVIL DE LOS TSJ. II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL. III. ASPECTOS PROCESALES. EL COMPLEJO ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN. III.1. Fundamento y sentencias recurribles. III.2. El acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. IV. ¿LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA ESTABLECER UN RECURSO DE CASACIÓN PROPIO? IV.1. Las leyes autonómicas en la materia. IV.2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 2004. IV.3. Una propuesta para nuestro Parlamento. IV. LA JURISPRUDENCIA DE ESTOS AÑOS. IV.1. Desde el punto de vista de las materias tratadas. IV.2. Desde el punto de vista temporal. IV.3. Una visión personal desde dentro. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y ORIGEN DE LAS SALAS DE LO CIVIL DE LOS TSJ.

La posibilidad de que órganos jurisdiccionales distintos al Tribunal Supremo de la Nación pudiesen actuar como órganos de casación es una novedad derivada de la Constitución de 1978, con la única efímera salvedad del Tribunal de Casación de Cataluña² que estuvo en funcionamiento durante parte de la II República y la Guerra Civil.

En lo que a nuestro ámbito territorial se refiere, el artículo 3 del Estatuto Vasco de 1936 hacía mención a un Tribunal Superior Vasco que “*tendrá jurisdicción propia y facultades disciplinarias en las materias civiles y administrativas cuya legislación exclusiva corresponde al País Vasco, conociendo de los recursos de casación y revisión que sobre tales materias se interpongan, y resolverá igualmente las cuestiones de competencia y jurisdicción entre las autoridades judi-*

² Para una breve introducción al mismo, ver ROCA TRIAS, Encarna, *El Tribunal de Cassació de la Generalitat Republicana: la història d una tradició prohibida*, disponible en la web <http://www.ajilc.cat/noticies/E.%20Roca%20article%20Puig%20Salellas.pdf>

ciales de la región y conocerá de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que debe tener acceso a los Registros de la Propiedad” pero que, por motivos obvios, nunca llegó a estar constituido.

Por tanto, no es aventurado decir que nos encontramos, como decía, ante una novedad³ –al menos en cuanto a su extensión– derivada de la Constitución de 1978, cuyo artículo 152.1 dice que “Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste”.

Sin embargo, si bien la existencia de un TSJ es universal para las Comunidades Autónomas, la posibilidad de que actúe como tribunal de casación no es establecida en el texto constitucional, sino en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que nos remite a los correspon-

³ Novedad que ha sido acogida por la doctrina de ámbito foral positivamente; “La previsión estatutaria no supuso la reinstauración de una Justicia autonómica, como las de los estatutos de Cataluña y País Vasco de 1932 y 1936; pero venía a significar: a) la satisfacción, siquiera inicial o de principio, de aquella vieja aspiración de los territorios de derecho foral; b) una manifestación más –la traducción en el orden jurisdiccional– del reconocimiento de la diversidad legislativa, como rasgo de identidad de la organización jurídica del estado, y c) la quiebra o ruptura del monopolio del Tribunal Supremo en la producción de la jurisprudencia, en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil, que la identifica con “la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”, al constituir también jurisprudencia con idéntico alcance la que sienten los Tribunales Superiores de Justicia con competencia casacional en la interpretación y aplicación de las normas del derecho civil de su comunidad” FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *El recurso de casación foral en la doctrina del TSJ de Navarra. Revista Jurídica de Navarra*, julio– diciembre de 2009, pp. 13–14.

Esta obra supone una interesante aproximación a la cuestión hoy tratada y un auténtico compendio de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TSJ de Navarra en las cuestiones procesales relativas al Recurso de casación foral, por lo que su lectura es necesaria para una correcta aproximación a la cuestión, no sólo desde esa Comunidad Autónoma, sino desde cualquiera e incluso desde la perspectiva de los Recursos a interponer ante el Tribunal Supremo.

dientes estatutos de autonomía; por tanto, no todos los TSJ tienen competencias casacionales, aunque sí las tienen todos los correspondientes a Comunidades con Derecho civil propio; en las del nuestro nos centraremos a continuación.

II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL

Como decíamos, el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las competencias en materia civil de los Tribunales Superiores de Justicia:

“1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil:

- a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.*
- b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.*
- c) De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.*

2. Esta Sala conocerá igualmente:

- a) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas*

contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma y contra los miembros de la Asamblea Legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo.

- b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones.*
- c) De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma que no tenga otro superior común."*

Es decir, que la Sala de lo Civil es competente en el recurso de casación de acuerdo con las siguientes condiciones:

- (i) El Tribunal *a quo* debe estar radicado en la Comunidad Autónoma del País Vasco⁴.

Esta no es una cuestión que dé lugar a demasiados problemas; como veremos más adelante, únicamente son susceptibles de casación ante la Sala las sentencias de las Audiencias Provinciales⁵ de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, de forma que la competencia no es exclusiva de la Sala, sino compartida con la Sala Primera del Tribunal Supremo.

⁴Y eso que allá por 2006 hubo un Proyecto de reforma de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial) que establecía la competencia del TSJ (Tribunal Superior de Justicia) para conocer el Recurso de casación cuando se tratase de Derecho civil propio, aunque el órgano *a quo* estuviese localizado fuera de la correspondiente Comunidad Autónoma; conceptualmente parece correcta la idea, en tanto da una mayor homogeneidad a la jurisprudencia, aunque no dejaba de ser una novedad significativa que obviase los criterios territoriales en la atribución de competencias, ya que las Salas de lo Civil del TSJ la extenderían, en determinadas materias, a todo el territorio nacional.

⁵En el presente trabajo trataré las normas de atribución de competencia territorial, tanto internacional como dentro del Estado, por ser una cuestión que requeriría una extensa exposición.

- (ii) La atribución debe haberse producido en el correspondiente Estatuto de Autonomía; en nuestro caso por el artículo 14.1.a):

“1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en la materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco.

...”.

- (iii) El recurso debe fundarse en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad.

Dejo para el final esta condición porque su interpretación ha sufrido una evolución jurisprudencial en la que tengo que detenerme; así, en un primer momento se consideró que era una competencia básicamente en materia del llamado derecho foral, esto es, la Compilación de 1959 primero y la Ley 3/1992 después, y poca cosa más; en este sentido se expresó nuestra Sala en el auto de 10 de octubre de 2004⁶, excluyendo de sus competencias casacionales la materia de Cooperativas:

“Y ocurre, y así lo hemos manifestado ya en el auto de 16 de enero de 2004, del que hace cita la Sala de Apelación, que la Ley de Cooperativas del País Vasco de 24 de junio de 1993 no resulta encuadrable en el ámbito del derecho civil propio de la comunidad, cuya infracción, ya fuera catalogado éste de foral o de especial, fijaría la competencia para conocer de un eventual recurso de casación en el seno de este Tribunal.

Decíamos en el auto, y lo recordamos y reiteramos nuevamente por razones de cortesía forense:

⁶ ROJ ATSJ PV 352/2004.

(...)

4º) Y que “el Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999, dictado en el rollo 4620/1998, al resolver precisamente un recurso de queja dimanante del recurso de apelación seguido ante una de las Secciones de la Audiencia Provincial de Vizcaya en materia de Cooperativas, resolvió sobre la queja planteada, haciendo cita expresa tanto de la Ley General de Cooperativas 3/1987 (Ley estatal) como de la 4/1993 de Cooperativas del País Vasco (Ley del Parlamento Vasco), lo que significa que, al decidir la queja, reconoció implícitamente su competencia para conocer del recurso de casación, dado que la competencia funcional es indisponible y, por tanto, su falta es apreciable de oficio, como hoy establece el artículo 62 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil”.

Sostenemos, por lo tanto, y perseveramos en nuestra doctrina, que la alegada infracción de la Ley de Cooperativas del País Vasco no puede ser considerada infracción de normativa de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por lo que la competencia para conocer de los recursos de casación cuya preparación fue denegada no cabe atribuirla a este Tribunal, correspondiendo la misma a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, primero en un auto de 1 de marzo de 2011 y luego en otro de 10 de mayo del mismo año 2011⁷ dejó sentado lo siguiente en relación con la normativa vasca⁸:

“Pues bien, como entonces se consideró, entiende esta Sala que la Ley de Cooperativas del País Vasco no puede ser excluida del concepto de Derecho civil especial propio de dicha Comunidad Autónoma, ya que estamos ante una materia que, es regulada por una nor-

⁷ ROJ ATS 20.6/2011 y 4749/2011.

⁸ Ya en 2006 había atribuido al TSJ de Galicia la competencia en procedimientos relativos a su ley de cooperativas.

ma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de la jurisdicción civil, lo que justifica que su tratamiento sea el que se halla en el espíritu que ha movido al legislador al establecer la norma competencial contenida en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 478 de la LEC , ya que en este precepto se halla la intención de que el Tribunal Superior de Justicia interprete el derecho propio de la Comunidad Autónoma en desarrollo de la función unificadora y nomofiláctica ejercida respecto a los órganos civiles de la Comunidad a través del recurso de casación civil, respecto a una norma de ámbito territorial; tal es así que la única excepción que se contempla a dicha regla de competencia es la contenida en el art. 5.4 de la LOPJ cuya justificación no es precisamente extraer del conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia la materia que le es propia, sino que persigue exclusivamente que la denuncia de precepto constitucional sea vista por esta Sala, lo que obliga —dada la no posibilidad de dividir la continencia del recurso— a que se examine en su integridad viéndose por esta Sala —entonces sí— el derecho propio de la Comunidad Autónoma.

Por todo ello, en la medida en que concurren los presupuestos de los arts. 478.1, párrafo segundo y 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la Sentencia que se pretende recurrir en casación fue dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio foral o especial y se citan como infringidos, entre otros, los arts. 22 , 23 , 31 , 39 , 64.3 , 57.5 y 63 de la Ley 4/1993 de 24 de Junio de Cooperativas del País Vasco, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, es la competente para conocer del recurso de casación, competencia que le viene atribuida por el art. 14 del Estatuto de Autonomía del País Vasco”.

Vamos, un cambio de criterio en toda regla; pero *dónde manda patrón...*, o en latín, que es más apropiado, *Roma locuta, causa finita*. Tenemos una nueva e interesante competencia, no sólo en materia de Co-

perativas⁹, sino en cualquier materia cuya legislación emane del Parlamento Vasco y sea enjuiciada por el Orden civil (asociaciones, fundaciones, parejas de hecho, entidades deportivas...); o al menos eso puede inferirse del auto del alto Tribunal.

Por el contrario, el TSJ de Navarra, al igual que las salas equivalentes de otros TSJ había venido aceptando la competencia para conocer de recursos en materia de cooperativas desde antes¹⁰.

Finalmente, debemos recordar que si el Recurso se basa en infracción de normas forales o especiales y otras normas, la competencia es del Tribunal Superior de Justicia (art. 478.1 LEC), salvo que nos encontremos ante la infracción de precepto constitucional, que determinará la competencia del Tribunal Supremo ex artículo 5.4 LOPJ¹¹; lo mismo ocurrirá en los Recursos por infracción procesal (DF 16ª LEC).

III. ASPECTOS PROCESALES: EL COMPLEJO ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA LEC

Una vez determinada la competencia de la Sala, es necesario analizar cuando procede la admisión de un Recurso de casación, cuestión que como veremos, determina en gran manera la carga de trabajo de las Salas. Porque la realidad es que la carga de trabajo de nuestra Sala en materia de casación civil es escasa, muy escasa –como luego trataremos–, y ello por el elevado umbral cuantitativo y la complejidad de la regulación del interés casacional.

⁹ Aunque razonablemente será todo lo relacionado con las Cooperativas lo que más juego dé, tanto por su importancia social en el País como por el volumen económico que en muchos casos mueven y que hará posible el planteamiento de Recursos de casación por cuantía.

¹⁰ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *op.cit.*, p. 31.

¹¹ Básicamente, el Alto Tribunal llega a esta conclusión, que en algunas resoluciones ha matizado, partiendo del principio de inescindibilidad del recurso, criterio que fue ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 29 de marzo de 1990; la cuestión es tratada detenidamente en FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *op.cit.*, pp. 33-36.

III.1. Fundamento y sentencias recurribles

El artículo 477 LEC, en su apartado primero establece que el Recurso de casación deberá fundarse, “*como motivo único, en la infracción de normas¹² aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*” de tal forma que se configura como un recurso extraordinario y restringido a *quaestio iuris*, nunca a los errores de hecho ni a los de derecho procesal.

Cuestión fundamental es la de las sentencias, recurribles, que se regula en el apartado 2 del mismo precepto:

“2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”.

Y me voy a detener brevemente en los motivos segundo y tercero, que a mi entender son los más relevantes en la práctica.

Por un lado la cuantía; en mi opinión desproporcionada¹³, y me temo que con el único fundamento de actuar como barrera de entrada; porque, como dice Fernández Urzainqui¹⁴ al referirse a la reforma de 1998, en palabras que hacemos extensibles a hoy: “*La sujeción de la casación regional a las rigurosas exigencias de la general seguía sustrayendo al enjuiciamiento casacional disposiciones, materias e instituciones forales que, pese a su limitada*

¹²Y no a la infracción de doctrina jurisprudencial, a pesar de lo que había sido tradicional y aún pervive en otras normas, como por ejemplo en el artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

¹³Y ni tan mal, que el Anteproyecto hablaba de 800.000 €.

¹⁴ FERNÁNDEZ URZAINQUI, FJ., *op.cit.*, p. 16.

valoración económica procesal, son de gran arraigo y conflictividad social en sus respectivos ámbitos, privándolas con su exclusión por la summa gravaminis de una jurisprudencia de alcance general".

Como antecedentes más próximos, debemos recordar que en la última redacción de la LEC 1881 se establecía una cuantía de seis millones de pesetas (36.060,73 €), probablemente escasa, que subieron a 150.000 € en la redacción original de la vigente LEC, quizás razonable para evitar la sobrecarga de trabajo de la Sala Primera.

Por otro, el interés casacional, definido en el apartado 3 del artículo 477:

"3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente".

Y lo primero que quiero destacar es que la doctrina jurisprudencial, cuya infracción no puede motivar ahora el Recurso de casación, sí da lugar a que nos encontremos en un supuesto de interés casacional que habilite la interposición del recurso, pero no su motivación; además, vista la alta cuantía exigida por el apartado segundo, el interés casacional se ha convertido en el caballo de batalla para la admisión del Recurso de Casación, al menos en lo que a nuestra Sala se refiere.

Además el artículo 477.3 establece una diferencia de matiz al tratar los supuestos en los que se considera que existe interés casacional por falta de

pronunciamientos previos del Tribunal llamado a conocer el Recurso; en el caso del Tribunal Supremo se hace mención a que la norma aplicada lleve menos de cinco años en vigor, plazo que no se menciona en el supuesto de que el Tribunal competente sea un Tribunal Superior. Y esta diferencia ha sido tratada de diversos modos por las diferentes Salas de los TSJ; así la nuestra –siguiendo los criterios del Tribunal Supremo de los que luego hablaré– tiende a inclinarse por la necesidad de cumplir el requisito temporal, mientras que otras, en puridad la mayoría –Aragón, Cataluña, Galicia o Navarra¹⁵–, no lo consideran necesario, aceptando la existencia de interés casacional siempre que no exista doctrina sobre el asunto, con independencia del plazo que lleve vigente la norma en cuestión.

Y, una vez sentada la Ley, entramos en el siguiente apartado, de capital importancia.

III.2. El acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

Este acuerdo, que viene a sustituir a uno de 2000, nos dará los criterios aplicados por la Sala Primera –y, digámoslo desde ya, por la Sala de lo Civil del TSJ del País Vasco– para la admisión de Recursos de casación.

¹⁵ En relación con esta Comunidad Autónoma, FERNÁNDEZ URZAINQUI, FJ., *op.cit.*, p. 67 dice: “Como advierte la *sentencia de 15 junio 2004* (ar. 4 39), es suficiente para la admisibilidad del recurso de casación foral que sobre la normativa en cuestión no exista doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad, resultando en tal caso indiferente el tiempo de su vigencia, pues, guiado por el propósito de favorecer la existencia de doctrina jurisprudencial sobre normas del derecho civil foral o especial, el legislador no ha requerido para los recursos de casación de que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia que la inexistencia de doctrina suya se refiera a normas con vigencia no superior a cinco años”, para continuar en nota a pie de página: “En el mismo sentido se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cuando en *sentencia de 8 septiembre 008* (JUR\ 009\94809) declara que “en materia de derecho civil propio de las comunidades autónomas no se exige contapisa alguna de orden temporal, bastando para acceder a la casación con el mero hecho de que no exista doctrina jurisprudencial, al estar los ordenamientos civiles autonómicos más necesitados de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones”.

Y de entrada, una breve referencia a su posición en el sistema de fuentes; aunque nada dice el documento, es razonable considerar que deriva de lo establecido en el artículo 264 LOPJ, por lo que *stricto sensu* no es vinculante, ni para las diferentes Secciones de la Sala Primera, ni mucho menos para otros órganos; pero la realidad es que el Tribunal Supremo está siguiendo estos criterios; y nosotros también; como decía, la mayoría de los TSJ no.

Vayamos viendo el acuerdo:

A) *Causas de inadmisión del Recurso de casación*¹⁶: el acuerdo enumera 7 causas, algunas divididas en subcausas.

Especial mención merece el apartado cuarto, relativo a los defectos de forma, en tanto suelen ser fácilmente evitables con un cierto cuidado y su incumplimiento puede acarrear graves consecuencias, incluyendo la inadmisión a trámite del recurso. También el sexto, relativo al cumplimiento en el escrito de interposición del recurso de los requisitos establecidos en los distintos casos, o el séptimo, que trata de la falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad en las distintas modalidades.

En todo caso, es aconsejable un repaso a estas materias siempre que vayamos a interponer un Recurso de casación.

B) *Resoluciones recurribles*:

- (i) Sólo son recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, no los autos¹⁷.

¹⁶ Creo que no tiene sentido su enumeración indiscriminada, ya que se encuentra disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/ACUERDO%20SALA%20PRIMERA%2030.12.2011.pdf>

¹⁷ Como excepción, son recurribles en casación los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre

- (ii) Deben concurrir los supuestos propios de cada una de las modalidades.
 - (a) Recurso de casación para la tutela judicial civil de derechos fundamentales: el proceso en que se dicte la sentencia debe haberse seguido para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 CE (artículo 477.2.1.º LEC).
 - (b) Recurso de casación por razón de la cuantía: se establecen los criterios de determinación de la cuantía, excluyéndose expresamente los procesos de cuantía indeterminada.
 - (c) Recurso de casación por razón de interés casacional: debe fundarse en la materia o tener una cuantía inferior a 600.000 € o indeterminada.

C) *El interés casacional: por su importancia, el Acuerdo dedica un apartado específico a esta cuestión:*

“El recurso de casación por razón de interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de AAPP o en contra del criterio de la jurisprudencia, o cuando no existe jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (artículo 487.3 LEC). Como consecuencia de ello, como requisito general, el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional debe expresar con claridad en el encabezamiento o formulación del motivo la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida”.

de 1988 (artículos 37.2 y 41), de los Reglamentos CE n.º 1347/2000 y n.º 44/2001, y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento.

Además, la parte recurrente debe indicar claramente:

- (i) La oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS¹⁸, siendo necesario que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del TS, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas.
- (ii) La existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP (criterios dispares entre secciones de AAPP mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales) sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida.
- (iii) La aplicación por la sentencia recurrida de normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Para el cómputo debe tomarse como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* aquella en que se dictó la sentencia recurrida; excepcionalmente se tomará como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento si se justifica debidamente.

Este motivo de interés casacional es importante en tanto es bastante objetivo, pero claro, hay que empezar a citar la normativa desde los primeros escritos para facilitar el cumplimiento del plazo de cinco años.

¹⁸ Obviamente, dónde dice TS debe entenderse igualmente TSJ, pero siempre teniendo en cuenta la salvedad hecha respecto a la necesidad de un plazo máximo de vigencia de la norma en los supuestos de falta de doctrina jurisprudencial.

Tanto el apartado (i) como él (ii) son objeto de un detenido desarrollo, que no comento aquí por falta de tiempo pero cuya lectura es inexcusable antes de fundamentar un Recurso en la existencia de interés casacional.

IV. ¿LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA ESTABLECER UN RECURSO DE CASACIÓN PROPIO?

El artículo 149.1.6 de la Constitución establece que es competencia del Estado “*la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”, por lo que determinadas Comunidades han legislado en la materia; a continuación veremos los supuestos.

IV.1 Las leyes autonómicas en la materia

- (i) Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña. Su artículo 3 dice que “*Tienen acceso a casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los asuntos cuyo motivo de impugnación se fundamente en una de las siguientes causas:*
 - a) *En la contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña.*
 - b) *En la falta de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. El tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso*”.
- (ii) Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia¹⁹, cuyo artículo 2 tiene la siguiente redacción literal:

¹⁹ Para un estudio de la cuestión ver CÁMARA RUIZ, Juan, *La nueva casación civil de Galicia*. AFDUDC, 10, 2006.

“En desarrollo de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma para la regulación de las normas procesales derivadas del derecho gallego, se establecen las siguientes especialidades en la regulación del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia:

- 1. Se considerará motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.*
- 2. Las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa”.*

(iii) Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral Aragonesa, que en su artículo 2 establece:

“Serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales:

- 1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo.*
- 2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional. El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía”.*

Posteriormente, en su artículo 3 define cuando existe interés casacional:

“Se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos:

- 1. Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables.*
- 2. Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.*

3. *Cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido*".

¿Y el artículo 149.1.6° de la Constitución? ¿Son estas leyes *necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*? Porque a mí —que no creo que me caracterice por mi centralismo— me sorprenden un par de cosas:

- (i) Es particularidad de los tres derechos que la cuantía de 600.000 € es excesiva; supongo que esto se basará en un estudio de la economía regional en relación con la nacional, porque otro fundamento no lo veo; aunque, cómo veremos, el Tribunal Constitucional, sí.

Y que conste que, como he dicho, a mí la cuantía de 600.000 € me parece desproporcionada y fuera de lugar; una simple barrera de entrada al Recurso de casación; pero ¿puede cambiarla una Comunidad Autónoma? No lo sé, pero me extraña. ¿Deriva de una particularidad del Derecho sustantivo propio? No lo veo claro.

- (ii) En Galicia ¿es motivo de casación la valoración de la prueba, cuando se refiera a la costumbre! ¿No es un recurso de infracción de ley y/o doctrina? ¿No quedaba la valoración de la prueba, aunque sea la prueba de una fuente del Derecho, como la costumbre, fuera de su alcance? Pues parece que no.
- (iii) Aragón regula su propio interés casacional, que básicamente coincide con el general, lo que en el pasado ha dado problemas de constitucionalidad, como bien dice el Fundamento de derecho octavo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 2004, a la que luego me referiré más detenidamente:

“Partiendo de ello hemos de acoger la pretensión de inconstitucionalidad formulada por el Abogado del Estado relativa a la regulación que el legislador autonómico ha efectuado, en lo que concierne a las resoluciones susceptibles del recurso de casación foral, en los apartados b) y c) del transcrito art. 1, así como también por lo que atañe a su párrafo final (exclusión del recurso de casación de las Sentencias dictadas en juicios de desahucio por impago de la renta), pues no se trata en estos supuestos de introducir especialidades en el recurso de casación civil foral, sino más propiamente de reproducir la regulación procesal que de la casación se contiene en la Ley de enjuiciamiento civil (en el art. 1687, 2, 3 y 4 LEC de 1881 en la reforma de la Ley 10/1992, derogada en la actualidad por la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil). Por ello, ninguna de las prescripciones contenidas en dichos apartados y párrafo final del precepto analizado encuentra respaldo competencial en la habilitación que el art. 149.1.6 CE confiere al legislador autonómico para innovar el ordenamiento procesal con verdaderas especialidades o singularidades procesales, y solamente con ellas, por cuanto las reglas procesales en cuestión, concernientes a permitir el acceso al recurso de casación no sólo de las Sentencias definitivas dictadas en segunda instancia sino también de las demás resoluciones enunciadas en el precepto, no surgen como derivación o consecuencia de peculiaridad alguna del Derecho civil gallego que así lo justifique, incurriendo por ello dichos apartados b) y c), así como el párrafo final del art. 1 de la Ley impugnada, en inconstitucionalidad”.

Que yo sepa, la normativa aragonesa no ha sido objeto de Recurso ante el Tribunal Constitucional, pero ahí dejo la cuestión.

Pues sí, estimados lectores, es constitucional esta normativa, tal y como veremos a continuación.

IV.2 La sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 2004

La cuestión de la regulación autonómica de los recursos de casación fue estudiada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 25 de

marzo de 2004, que si bien se refiere a la anterior normativa aplicable en Galicia, establece criterios extensibles a otras normativas similares.

Y así, nos encontramos con que es constitucional eliminar el umbral cuantitativo de la casación porque

“si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho civil de Galicia podrían verse seriamente afectados, según arguye la representación del Parlamento de Galicia, con paralela repercusión de la competencia sustantiva sobre la autointegración del ordenamiento civil propio de Galicia, al no acceder a la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en el específico Derecho gallego.

Por otra parte, adquiere especial relieve, desde la perspectiva de vincular esta especialidad procesal (eliminación o supresión de la cuantía litigiosa para acceder a la casación foral) al Derecho sustantivo y a sus particularidades ya reseñadas, la función asignada al recurso de casación. Si este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no solo a tutelar los derechos en juego (ius litigatoris), sino también y esencialmente a la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (ius constitutionis), si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas finalidades, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las Sentencias dictadas en casación.

Hemos de concluir, por ello, que, conforme a la doctrina constitucional que se dejó expuesta, debemos apreciar la existencia de una conexión o vinculación directa entre las particularidades del Derecho civil de Galicia (de sus diversas instituciones integrantes del específico Derecho gallego), y la especialidad procesal establecida por el inciso final del art. 1 a) de la Ley autonómica impugnada, en cuanto prescribe que son susceptibles de casación las Sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia “cualquiera que sea la cuantía litigiosa”, pues esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el art. 149.1.6 CE, en relación con el art. 27.5 de su norma estatutaria, por lo que debemos declarar la constitucionalidad del referido inciso final”.

Y ahora vamos a la valoración de la prueba cuando se refiere a los usos o costumbres, de la que se dice:

“La innovación procesal de la Ley autonómica recurrida consiste, en este punto, en la determinación de un segundo y específico motivo fundante del recurso de casación, añadiendo al que descansa en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico-privado de Galicia, el desconocimiento por el juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre aplicable para resolver el caso litigioso. La especialidad procesal del legislador gallego radica, pues, en considerar como infracción fundamentadora del recurso de casación no solamente la atinente a las normas integrantes de su ordenamiento, en su significado de Derecho escrito, sino también la eventualmente cometida respecto de los usos o costumbres que, derivándose de hechos notorios, sean invocables para decidir el litigio en cuestión, en los términos del precepto analizado.

Pues bien, no podemos por menos de reconocer, como aducen tanto la representación procesal de la Junta de Galicia como la del Parlamento gallego, que el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral constituye una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil.

En efecto, en primer término, así lo pone de manifiesto el debate de la Ley impugnada en el Parlamento de Galicia al afirmar, con referencia al texto del apartado 2 del art. 2, relativo a los usos y costumbres, que “es consustancial como especificidad de nuestro Derecho civil”. Pero, además y sobre todo, ello resulta de la consideración que a los usos y costumbres asigna la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. Esta ley, tras aludir en su Preámbulo al proceso de creación consuetudinario del Derecho civil gallego, y con cita de las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, y 182/1992, de 16 de noviembre, establece en su art. 1 que: “El derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente ley, así como las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen”, y en el apartado 2 de su art. 2 dispone: “El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, por los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega”.

Ha de añadirse que, si bien es competencia exclusiva del Estado la emanación de reglas relativas a “la determinación de las fuentes del Derecho”, conforme al art. 149.1.8 CE, esta competencia estatal ha de ejercitarse “con respeto a las normas de derecho foral o especial”, como el propio precepto constitucional señala en su inciso final. Con base en ello, el Estatuto de Autonomía de Galicia, en su art. 38.3, prescribe que “En la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego”. Es esta expresa habilitación competencial de la que hizo uso el legislador autonómico en la citada Ley 4/1995, al establecer en sus tres primeros artículos el sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia, con expresa inclusión de los usos y costumbres.

Por ello, no podemos sino considerar que esta peculiaridad del Derecho civil de Galicia, que hunde sus raíces en usos y costumbres configuradores de las instituciones de su privativo Derecho foral justifica, desde la perspectiva competencial examinada, la introducción por el

Parlamento de Galicia de una necesaria especialidad procesal del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia, cual es la especificación, como motivo casacional propio, de la infracción de tales usos y costumbres cuando éstos sean desconocidos por los Juzgados y Tribunales radicados en el territorio autonómico, contribuyendo así a la fijación y reconocimiento del Derecho consuetudinario, allí donde exista y sea aplicable para resolver el litigio".

La sentencia tiene un voto particular²⁰ del Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de las Hijas al que se adhirió el Excmo. Sr. don Roberto García-Calvo y Montiel que se resume en el siguiente fundamento:

"Pues bien, sobre tales presupuestos de partida no me parece que el recurso de casación sea en modo alguno una necesaria especialidad de ningún derecho sustantivo, sino que se trata de una institución que obedece a consideraciones de carácter estrictamente procesal, cuyo significado común a todo el sistema procesal me resulta inequívoco; de ahí que me resulte inaceptable en línea de principio la fragmentación de su regulación desde las diferentes Comunidades Autónomas con derecho sustantivo propio.

Me parece que entre el derecho sustantivo y la institución procesal de la casación existe una distancia lógica muy extensa, difícilmente salvable mediante una hipotética relación de necesidad entre las peculiaridades de aquél y las especialidades de ésta.

Consecuentemente, no veo la posibilidad de un recurso de casación objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, con regulación diferenciada del recurso de casación común a todo el Estado. Lo

²⁰ Sentencia 47/2004. BOE de 23 de abril de 2004 y 18 de mayo de 2004.

Un estudio crítico de la misma puede verse en REVERÓN PALENZUELA, Benito y ME-
LERO BOSCH, Lourdes Verónica, *Las competencias de las Comunidades Autónomas para legislar
en materia de recurso de casación civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional
47/2004, de 25 de mayo*. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La La-
guna, 23. Diciembre 2006.

contrario, que es lo acaecido con la Ley impugnada en el presente recurso, vulnera, a mi juicio, la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6ª CE".

La conclusión más importante que se saca de esta sentencia es que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio pueden establecer umbrales cualitativos para el Recurso de casación inferiores –o superiores, me atrevo a decir– a los establecidos en la LEC, junto con otros supuestos propios derivados de su propio Derecho.

¿Qué pienso de la sentencia?: pues miren, que a bote pronto mi opinión técnica coincide con la del voto particular reseñado –quién me iba a decir que iba a coincidir con tan egregios juristas del ala más *centralista* de nuestro espectro–, porque ya sabemos que la relación de los gallegos con el Derecho es especial, pero creo que tanto no; al menos no suficiente para creer que un cambio de esta radicalidad en materia de recurso de casación se justifique en las particularidades de su Derecho sustantivo. Es decir; en mi humilde opinión, la citada Ley vulnera la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6ª de la Constitución.

Porque vistos los razonamientos del Tribunal Constitucional, y a salvo de considerar distintos a los gallegos o a los sometidos a otros ordenamientos forales a los que sería extensiva esta jurisprudencia, me atrevo a pensar que el umbral de 600.000 € contenido en la LEC afecta seriamente al derecho a la tutela judicial de los litigantes con carácter general; y lo mismo cabe decir respecto de la formación de jurisprudencia y uniforme aplicación de la Ley. Y me atrevo más ¿es constitucional ese umbral si tiene efectos tan negativos para los litigantes y dificulta la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución? Porque todo lo dicho de las funciones del Recurso de casación respecto a la normativa gallega pueden extenderse automáticamente al resto de los Derechos forales y al Derecho común.

Dicho todo esto, a título personal, que quieren que les diga; me gusta, y mucho, que las Comunidades Autónomas tengan esta competencia bendecida por las más altas instancias. La pena es que el Tribunal Constitucional no siempre es tan defensor de las peculiaridades locales, como bien sabemos en otras Comunidades Autónomas.

IV.3. Una propuesta para nuestro Parlamento

Desde aquí me atrevo a lanzar una propuesta al Parlamento Vasco: hagan una Ley del Recurso de casación vasco con un umbral cuantitativo razonable, por ejemplo en línea con los 150.000 € de la redacción original de la LEC, y, aún mejor, incorporando los motivos de interés casacional establecidos en Cataluña, pero, eso sí, incluyendo una mención al Tribunal Supremo, que ha sido la fuente de jurisprudencia en nuestro Derecho hasta hace veinticinco años, tal y como hace la normativa aragonesa.

Nos daría más movimiento en la Sala –luego hablaré de nuestros números- y permitiría la efectiva tutela de los derechos de los justiciables en nuestro ámbito competencial; además aportaría seguridad jurídica ya que sería más fácil establecer criterios claros. Igual con un poco de suerte, cuando la recurran, el Tribunal Constitucional mantiene su criterio.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE ESTOS AÑOS

Dicho todo lo anterior, voy a entrar en el estudio de lo que ha sido la actividad de la Sala en materia de Recurso de casación desde su puesta en marcha hace justo ahora 25 años. Para ello me voy a centrar más en los aspectos procesales –materias tratadas- y cuantitativos –número de sentencias, asuntos...- que en las propias resoluciones, ya que tanto éstas como las del Tribunal Supremo han sido objeto de otra ponencia.

IV.1. Desde el punto de vista de las materias tratadas

Las principales cuestiones tratadas en estas sentencias son:

Saca foral y derechos de adquisición. Troncalidad	15
Testamento por comisario	7
Legítimas y apartamientos	6
Comunicación foral de bienes	6
Determinación del régimen económico matrimonial	3
Ámbito de aplicación personal del fuero	3
Liquidación del régimen económico matrimonial	2
Aspectos procesales	2
Cooperativas	1
Sucesión intestada, Testamentos, Usufructo del cónyuge viudo, Derecho de Representación, Testamento mancomunado, Pactos sucesorios	1

Dos aspectos a destacar; la preponderancia de la saca foral y otros temas relacionados con la troncalidad y la ausencia de sentencias relativas al fuero de Ayala o Gipuzkoa.

IV.2. Desde el punto de vista temporal

A continuación se presente el desglose de la actividad de la Sala en materia de Recurso de casación de acuerdo con sus libros registro:

Año	Sent.	Autos	Año	Sent.	Autos	Año	Sent.	Autos
1990	3	1	1991	5	2	1992	4	0
1993	2	2	1994	1	0	1995	3	1
1996	1	3	1997	0	0	1998	1	0
1999	3	0	2000	3	0	2001	1	0
2002	2	1	2003	1	0	2004	3	1
2005	3	1	2006	0	1	2007	1	1
2008	0	0	2009	2	1	2010	0	1
2011	1	1	2012	1	1	2013	1	1

Con un total de 61 resoluciones, 1991, con cinco sentencias y dos autos, y algunos años sin ninguna resolución, son los dos extremos de la actividad de la Sala en estos años; sin querer desanimar en el inicio de los procedimientos, debo decir que de 42 sentencias, las estimaciones parciales y totales son 10, esto es, el 23,8%; los autos, con escasas salvedades suponen la inadmisión a trámite del recurso, sobre todo por falta de interés casacional.

En resumen, una producción escasa, que, sorprendentemente, ha ido decreciendo con el paso del tiempo. Por contraposición, la Sala de lo Civil del TSJ de Navarra ha tenido una actividad mucho más prolija, tal y como puede verse en la obra de Fernández Urzainqui²¹ tantas veces citada en este trabajo; y no siendo mucho mayor el número de sujetos a los que aplica la normativa, aunque sí las cuestiones regidas por el Derecho civil navarro, nos debemos plantear si es razonable que nuestra Sala aplique los rígidos criterios de admisión del Tribunal Supremo o si debe interpretar la Ley, especialmente el inciso del artículo 473.3 LEC relativo a la falta de doctrina, de la manera similar a como lo hacen otros Tribunales Superiores de Justicia.

IV.3. Una visión personal desde dentro

A día de hoy hace un año, dos meses y un día de mi toma de posesión como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco y mi experiencia con el Recurso de casación es la siguiente; un recurso inadmitido antes de verano por falta de interés casacional y otro Recurso actualmente en trámite, también por interés casacional, del que soy ponente y que se encuentra pendiente de admisión.

Vamos, que no hay movimiento, y ello por varias razones; es verdad que el ámbito de aplicación personal del derecho foral es pequeño, y así seguirá siéndolo incluso si finalmente el Parlamento Vasco extiende a toda la Comunidad Autónoma su ámbito de aplicación. Además, la cuantía para acceder al mismo es amplia, y los criterios de interés casacional, estrechos; y la tasa, y el riesgo de las costas...

Es decir, que no espero un aumento de litigiosidad, salvo que haya un cambio normativo; si pido a los letrados que extremen el cuidado en el planteamiento del interés casacional, ya que es una materia compleja, por lo que un claro escrito de interposición facilita mucho su admisión.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión extraigo de todo esto que con la actual normativa es complejo que se produzcan recursos de casación, bien por cuantía, bien por interés casacional, con los negativos efectos que esto supone para la uniforme aplicación de la ley, y, en definitiva, para la seguridad jurídica.

Este problema podría en parte solventarse si el Parlamento Vasco aprobase una norma –para lo que sería competente de acuerdo con la normativa citada– reduciendo el umbral de acceso por cuantía a un importe significativamente menor; o, si como decía anteriormente, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ amplía la interpretación del segundo párrafo del artículo 477.3 LEC en línea con la actuación de otros Tribunales Superiores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA RUIZ, J., *La nueva casación civil de Galicia*. AFDUDC, 10, 2006.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *El recurso de casación foral en la doctrina del TSJ de Navarra*. *Revista Jurídica de Navarra*, julio – diciembre de 2009, pp. 11-74.
- GARCÍA DE VIEDMA ALONSO, P. y CAPILLA CASCO, A., *Los nuevos criterios de admisibilidad del Recurso de casación*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 32-2012
- MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012.
- MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013.
- REVERÓN PALENZUELA, B. y MELERO BOSCH, L.V., *Las competencias de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de recurso de casación civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de mayo*. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 23. Diciembre 2006.

NOTAS
OHARRAK
EXPLANATORY NOTES

Decimotercera jornada práctica sobre el Derecho Civil del País Vasco. La Jurisprudencia Civil Foral Vasca. Academia Vasca del Derecho

JUAN LUIS IBARRA ROBLES

Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Mi más emotivo agradecimiento a la Academia Vasca del Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia y al Grupo de Estudio del Derecho Foral del Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia por elegir el tema de la jurisprudencia civil foral vasca para el desarrollo de esta decimotercera jornada práctica. Mi agradecimiento, también, por la invitación cursada al Tribunal Superior de Justicia para integrar a dos de los magistrados de su Sala Civil en el cuadro de ponentes.

La celebración de esta jornada coincide con el veinticinco aniversario de la constitución del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ocurrida el 23 de mayo de 1989.

Los TSJ nacen como una institución de relevancia constitucional destinada a integrar la organización judicial en el diseño territorial del Estado de las Autonomías. Así lo indica la ubicación de su regulación en el Título VIII de la Constitución, dedicado a la “*Organización territorial del Estado*”; un apartado constitucional posterior al Título VI en el que se estatuyen el Poder Judicial y la Administración de Justicia al servicio del Estado Social y Democrático de Derecho.

El Estatuto de Autonomía para el País Vasco recoge este diseño constitucional y, en su Título II, titulado “*De los poderes del País Vasco*”, inclu-

ye a la Administración de Justicia “en” el País Vasco; el precepto reitera que la organización judicial “culminará” en un Tribunal Superior “con competencia en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales”.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tiene, por ello, un carácter bifronte: en el ámbito de la Administración de Justicia, forma parte de una única organización judicial que responde al principio de unidad jurisdiccional, constitucionalmente garantizada. Pero, además, por disposición del Estatuto de Autonomía, el Tribunal Superior de Justicia se integra en el sistema institucional autonómico del País Vasco y completa el perfil de distribución de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial característico del Estado de Derecho.

Los TSJ se nos presentan, por tanto, como la respuesta orgánica y funcional al reto de armonizar el Poder Judicial y la Administración de Justicia a la decisión constituyente de situar en las Comunidades Autónomas la principal estructura portante para la distribución territorial el poder público.

En el diseño resultante del bloque de la constitucionalidad, los TSJ se configuran como una pieza, a modo de rótula, en la que se articula, sin antinomia, un Poder Judicial estatal, regido en su actuación por el principio de unidad jurisdiccional, con un sistema institucional nacido, *ex novo*, del ejercicio del derecho a la autonomía territorial que la Constitución reconoce y atribuye a las comunidades humanas que denomina como nacionalidades y regiones de España.

A diferencia de lo que sucedía con las anteriores Audiencias Territoriales, la misión institucional de los TSJ no se agota en la configuración de una nueva demarcación judicial, de un escalón más en la organización territorial de la Administración de Justicia. El TSJ tiene, desde luego, esta dimensión demarcativa; pero lo que caracteriza al nuevo órgano es una finalidad estrictamente funcional garantizada desde el art. 152.1 CE: de conformidad con esta norma, el TSJ habrá de “culminar” la organización

judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

La palabra “*culminar*” designa una acción y una situación resultante. En la primera acepción, la Constitución dispone que la organización judicial debe contemplar, necesariamente, el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma; y que, en ese territorio autonómico, el TSJ habrá de ocupar el punto orgánico culminante para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El punto orgánico culminante en la organización de la jurisdicción no es la instancia sino el grado. La razón es que será en el grado casacional en el que, además de la garantía del “*ius litigatoris*”, se desenvuelva la garantía del “*ius constitutionis*”, del cuidado interpretativo de la norma, en los litigios cuya resolución requiera de la aplicación e interpretación del derecho producido por las instituciones de la Comunidad Autónoma.

Me he referido a una segunda acepción del término “*culminar*” como expresivo de una situación resultante. Para comprender en términos funcionales la situación que resulta de esta culminación orgánica del TSJ en el territorio de cada Comunidad Autónoma debemos volver la mirada hacia la complejidad estructural que caracteriza al ordenamiento jurídico propio del Estado de las Autonomías.

La generalizada asunción por las Comunidades Autónomas de la potestad legislativa abre la posibilidad de que en cada una de ellas sea distinta la posición jurídica de los ciudadanos; y esta previsión debe conjugarse con la decisión constitucional que encomienda al legislador estatal orgánico que establezca los mecanismos que garanticen el principio de seguridad jurídica en este sistema jurídico marcadamente descentralizado en cuanto a sus fuentes normativas.

Las salas de lo civil y lo penal, de lo social y de lo contencioso-administrativo de los TSJ responden a este diseño complejo del sistema jurídico; y desempeñan una función muy relevante en la realización de esta

garantía de la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de las particularidades propias de los ordenamientos jurídicos territoriales.

En el Estado de las Autonomías, los TSJ componen, en definitiva, una institución orgánica y funcional imprescindible para que el triángulo de poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– sobre el que se sustenta la forma de gobierno y de articulación de los poderes públicos que conocemos como Estado de Derecho tenga una eficaz proyección territorial en cada Comunidad Autónoma.

Veinticinco años después, los TSJ componen un sólido edificio pendiente de ser rematado. La solidez se la ofrece la garantía institucional dispuesta por el artículo 152 de la Constitución. Sin embargo, el sólido edificio se encuentra pendiente de remate en cada una de sus funciones de articulación rotular: singularmente, en cuanto a las funciones como órganos de segunda instancia y como tribunales casacionales; así como, instrumentalmente, en cuanto a las reformas de carácter organizativo y procesal.

Este déficit sobre las funciones y competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, tan tempranamente detectadas, no ha sido aún corregido por el legislador orgánico. Así se constata, de forma explícita, en el documento de conclusiones adoptadas en la reciente reunión anual de los Presidentes de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia en el que se subrayan cuatro cuestiones que debieran ser objeto de las reformas encomendadas al legislador orgánico:

“a) Debe definirse un modelo explícito de articulación funcional entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia que preserve la garantía institucional de rango constitucional de ambos órganos desde el principio de vinculación más fuerte al servicio de la efectividad en la tutela jurisdiccional.

“b) Ha de clarificarse la posición de los Tribunales Superiores de Justicia con la necesaria generalización de la doble instancia en el orden penal, reconocida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Dere-

chos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España, y el artículo 2 del Protocolo 7º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

“c) Urge reformar en profundidad el aforamiento procesal ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia adoptando medidas tales como la reducción al máximo de los aforados y siempre respecto de delitos cometidos en el ejercicio de la función y durante el ejercicio del cargo. Debería establecerse expresamente que el enjuiciamiento corresponda a la Sala del Tribunal Superior de Justicia en los supuestos en que el delito imputado esté en el ámbito del Tribunal del Jurado.

“d) Impulsar la plenitud en el enjuiciamiento por las Salas del Tribunal Superior de Justicia de los recursos de naturaleza extraordinaria en el ámbito de las jurisdicciones contencioso-administrativa, social y civil. Asimismo deben configurarse como Sala de Casación (civil, social y contencioso-administrativa) los órganos del TSJ en los que se ejerza la jurisdicción en ese grado”.

Este es el marco institucional en el que, desde 1989, se viene produciendo la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia sobre el derecho civil propio del País Vasco. Mis compañeros de Sala, D. Antonio García y D. Borja Iriarte os darán extensa cuenta de esta labor jurisdiccional.

Por mi parte, terminaré esta intervención comunicándoos una buena noticia: el pasado 16 de noviembre iniciamos el Curso de Formación a distancia sobre Derecho Civil Vasco dirigido a los integrantes de la carrera judicial que desean colacionar el mérito profesional de especialización en Derecho civil propio del País Vasco.

El curso se imparte mediante un concierto de colaboración docente en el que participan profesores de las Facultades de Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y de la Universidad de Deusto, así como los cinco magistrados de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

El contenido del programa se agrupa en torno a seis módulos que incluyen treinta temas. Los tres primeros módulos (19 temas) están dedicados al Derecho Civil Foral; y los tres restantes, respectivamente, al Derecho civil especial del País Vasco, al Derecho del País Vasco sobre la sociedad cooperativa y a la Casación civil autonómica.

El número de jueces que se han inscrito en el curso ha sido de 71, cifra realmente significativa, teniendo en cuenta que la plantilla orgánica de la judicatura en el País Vasco es de 229 jueces y magistrados. El elevado número de jueces inscritos nos ha obligado a duplicar el periodo de formación en dos convocatorias, la segunda de las cuales se iniciará en la primavera del año 2015.

He querido trasladarles detalladamente esta noticia porque considero que nos indica el acierto en un objetivo que trasciende de la dimensión estrictamente formativa para denotar una posibilidad alcanzable que vendría cifrada en la contribución completa de la judicatura de instancia y de grado a la creación del derecho civil del país vasco y con ello a la satisfacción de un interés público constitucional y estatutario.

Muchas gracias por escucharme.

Mila esker, zuen harregatik.

La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre Derecho civil vasco

LUIS FELIPE ALAMILLOS GRANADOS

Notario

La cuestión que abre la puerta al pronunciamiento por parte de esta Dirección General, es, con carácter principal, la incoación de un recurso administrativo, llamado recurso gubernativo, que se interpone contra la calificación de un Registrador, en los casos de los que nos vamos a ocupar principalmente, de un Registrador de la Propiedad, por parte de quien, con interés legítimo, se considera agraviado por esa calificación registral.

Bien, pues siguiendo a la Dirección General de los Registros y de Notariado en una reciente Resolución de 13 de Septiembre de 2014, en una cuestión de derecho civil foral catalán, el centro directivo señala lo siguiente:

“En relación con la cuestión competencial apuntada, hay que comenzar señalando que el artículo 324 de la Ley Hipotecaria¹, en su redacción

¹ Artículo 324. Las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley. *Párrafo 1.º del artículo 324 redactado por el apartado tres del artículo trigésimo primero de la Ley*

resultante de las reformas introducidas por las Leyes 24/2001, de 27 de diciembre, y 25/2005, de 18 de noviembre, regula la competencia para la resolución de los recursos interpuestos contra la calificación de los registradores de la Propiedad, distinguiendo en sus dos párrafos una regla general y otra especial. En cuanto a la primera, dispone el párrafo primero del citado precepto lo siguiente: «Las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley».

La regla especial, incluida en el segundo párrafo del mismo artículo, se refiere a los supuestos en que el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, en cuyo caso «el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano». Esta regla especial concuerda con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), conforme a la cual

24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad («B.O.E.» 19 noviembre). Vigencia: 20 noviembre 2005.

Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano.

Título XIV introducido por el artículo 102 de la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («B.O.E.» 31 diciembre). Vigencia: 1 enero 2002.

«cuando el conocimiento del recurso gubernativo contra la calificación negativa de un Registrador de la Propiedad basada en normas de derecho foral esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la comunidad autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la Dirección General de los Registros y Notariado, ésta lo remitirá a dicho órgano».

Por tanto, de la interpretación conjunta de ambas normas resulta que la atribución de la competencia especial para resolver el recurso a favor de los órganos (jurisdiccionales) radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro cuya calificación se recurre depende de la concurrencia de dos condiciones: 1º) que la calificación del registrador esté «basada en normas de derecho foral», y 2º) que dicha competencia esté prevista y atribuida por los correspondientes Estatutos de Autonomía a los órganos (jurisdiccionales) radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad.

¿Y qué dice nuestro Estatuto de Autonomía? Sin entrar en la materia, cuestión bien detallada en la ponencia de Don Jesús Delgado, me remito al artículo 14 de nuestra Norma Orgánica, donde se dispone:

“Artículo 14

1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende:...

a. En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco...

Por tanto, en la inmensa mayoría de las ocasiones, las cuestiones que se susciten en materia de Derecho Civil Foral Vasco, no van a corresponder a la Dirección General.

Queda así enormemente reducido el objeto de mi ponencia, al menos de cara a las resoluciones que se emitan en el futuro, existiendo franca-

mente pocas que versen sobre la materia, y en la mayoría de los casos, que se refieran a normas en vigor.

Por otro lado, no tenemos en el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca ninguna disposición legal, que regule la materia de estos recursos, al contrario de lo que, por ejemplo, ocurre en Cataluña, donde la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña. Si bien es cierto que esta norma ha sido recientemente declarada parcialmente inconstitucional por la sentencia 4/2014 de 16 de Enero, en cuanto el TC ha considerado que se extralimitaba al regular también los recursos que se presentasen, aún cuando no infringiesen disposición alguna de Derecho Catalán.

El funcionamiento procesal que genera una resolución es muy similar a un proceso judicial donde prima el principio de contradicción, pero que exclusivamente atañe a cuestiones de derecho. Comienza con la presentación de un título, típicamente un título público, ante el encargado de un Registro. Éste lo somete a su calificación, y para el caso de que ésta sea desfavorable, sea por apreciar un defecto subsanable u otro insubsanable, el afectado puede interponer el recurso alegando lo que en Derecho considere oportuno. Se le pide un informe al Registrador, quien tras evacuarlo, pasa las actuaciones a la Dirección General, quien emite la Resolución.

Visto todo lo anterior, comentaré algunas resoluciones, comenzando por una de 1977, que ya ha llovido, para irnos acercando al momento actual.

RDGRN DE 6 DE MAYO DE 1977.

Se trata de una resolución adoptada vigente la Compilación de Derecho Civil Foral de Bizkaia y Álava, de 31 de Julio de 1959, en la cual un matrimonio casado bajo el régimen económico matrimonial legal supletorio de

Comunicación Foral de Bienes, que es el propio de los vizcaínos aforados, otorga ante notario una Escritura de Capitulaciones Matrimoniales pactando el régimen de absoluta separación de bienes. Presentada a su inscripción en el Registro Civil del lugar del matrimonio, se deniega esta, aludiendo a la literalidad del artículo 41, que decía lo siguiente:

“El Régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable, aún en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón”.

El argumento básico del Juez que deniega la inscripción pivota en dos puntos:

- 1.- La literalidad del artículo 41, señalando que están prohibidas las capitulaciones post-nupciales.
- 2.- Que el cambio de régimen, podría vulnerar los derechos del cónyuge viudo, en cuanto a la consolidación de la comunidad foral, al estar privado de derechos sucesorios.

El notario argumenta contra el primer razonamiento, que una modificación del Código Civil operada en 1975² permitía mudar el régimen económico matrimonial libremente, pues existía una laguna en la Compilación, que era rellenada por el Código Civil como cuerpo supletorio. Y alega contra el segundo, que igual de discriminatorio contra el cónyuge viudo, sería modificar el régimen de comunicación foral *ab initio*, privándole de las ventajas que la consolidación de la comunicación foral da al cónyuge con menos patrimonio.

² Se trata de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que bala la siguiente redacción al artículo 1.320 del Código Civil: *“Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio. Si alguno de ellos fuere menor de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318”.*

Que la “inmutabilidad” se refería al hecho de que, no por cambiar de vecindad civil, se alteraba el régimen económico matrimonial, sino tan sólo la vecindad civil.

No fueron estimadas las alegaciones del notario, por lo que éste en última instancia apeló el fallo basándose en lo siguiente:

La Compilación permite en su artículo 42 pactar el régimen económico matrimonial, y en ausencia de pacto, ordena la aplicación de un régimen legal supletorio, cual es el de la comunicación foral de bienes. Ante la reforma operada en el Código Civil, y dado que la Compilación no establecía nada sobre el momento en que podían pactarse, debía entenderse que ahora era posible en cualquier momento, dado el carácter supletorio del Derecho Común.

Y si se puede a la luz de la reforma de 1975 del Código Civil, pactar en un momento posterior otro régimen económico matrimonial, esta libertad no iría en contra de la inmutabilidad, puesto que la misma se refiere a que, como hemos señalado antes, los cambios de vecindad civil no afectan al régimen de bienes. A modo de ejemplo, indica que dos cónyuges que luego adquiriesen vecindad civil aforada, no podrían cambiar su régimen al de comunicación foral, para compensar la falta de derechos viudales de los que privaba la compilación.

La Dirección General confirma el auto apelado, y no le da la razón al notario, entendiendo qué, el artículo 41 contiene dos normas:

- Una de derecho material, en cuanto consagra el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que era el vigente en el código civil hasta la reforma de 1975. Puesto que dicha reforma no es directamente aplicable en el Infanzonado, no podían sostenerse las aseveraciones del notario.
- Y otra de derecho formal, por cuanto si los cónyuges perdiesen la vecindad vizcaína aforada, y la ganasen en villa, o en otra parte del estado, podrían alterar su régimen, porque lo que sí no puede la compilación, era dar vigencia extraterritorial a sus disposiciones.

A día de hoy esta resolución está ampliamente superada, y de forma pacífica en territorio aforado y común, rige el principio de libertad de pactos, ex art. 1.325 y 1.326, que no podrán en ningún vulnerar los límites del artículo 1.328³. Y de la misma forma, según lo previsto en la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco⁴.

RDGRN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006

Seguimos con la Comunicación Foral, pero para tratar un supuesto muy diferente, y en todo caso ya con la actual Ley 3/1992 en vigor; en este caso, unos particulares recurren la calificación del Registrador de la Propiedad nº 11 de Bilbao, comprensiva de su negativa a anotar preventivamente una demanda. Los hechos son los que siguen:

La demandante pretendía obtener una sentencia favorable, condenando a la demandada a elevar a público un contrato privado de compraventa. En aras a que no se perjudicase el objeto del pleito, y su pretensión última no se viese frustrada, solicitó la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar. El registrador se negó argumentando que el titular de los bienes aparecía casado en régimen de comunicación foral de bienes y que por ello era necesario que la demanda hubiese sido dirigida contra ambos cón-

³ Art. 1.328.- Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

⁴ Artículo 93.- El régimen económico del matrimonio será el que libremente pacten los cónyuges en escritura pública, antes o después de su celebración.

El régimen económico matrimonial, tanto el pactado como el legal podrá ser modificado mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

En ningún caso las modificaciones en el régimen económico matrimonial perjudicarán los derechos adquiridos por terceros, ni los derivados de la troncalidad.

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.

yuges, apoyándose en el artículo 99⁵, y que por otro lado el último párrafo del artículo 20⁶ de la Ley Hipotecaria, que consagra el principio de tracto sucesivo, impide la anotación sobre una finca cuyo titular registral no ha sido parte en el procedimiento, todo ello para garantizar la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. No conforme la demandante, argumenta que no es de aplicación el artículo 20, por no contemplar las anotaciones preventivas de demanda, y que por otro lado es indiferente que el titular esté casado bajo este régimen económico matrimonial, pues no aporta nada que la demanda también se hubiese dirigido contra su cónyuge. Lo único que se pretende es advertir a terceros que sobre ese bien existe un procedimiento.

La Dirección contesta:

1.- En cuanto a la aplicación o no del artículo 20, es indudable la plena vigencia del mismo para el caso propuesto. Efectivamente, el precepto contempla todo tipo de títulos (escrituras, resoluciones judiciales, administrativas...) por los que se *declare, transmita, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales...*, y en este supuesto, se trata de un título judicial, en el que además se modifica, pues se altera el dominio u otro derecho

⁵ Artículo 99.- En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán del consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el Juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia.

No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero o valores mobiliarios de los que sea titular.

⁶ Artículo 20 Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento.

real, sin implicar gravamen o transmisión. Por tanto, continúa la resolución, los actos de disposición o gravamen que haga el titular registral, quedan sujetos al resultado del pleito, excluyendo así la aplicación del fundamental art. 34 de la Ley Hipotecaria. En el mismo sentido se suspenden los efectos del art. 35 (de cara a la usucapión) y frente al anotante del art. 41 de la Ley.

2.- Por otro parte, al preguntarse si es suficiente que se dirija contra uno sólo de los cónyuges, o es necesario contra los dos, la Dirección hace una comparación con el objeto del procedimiento: si se suscribiese, o si se hubiese suscrito la escritura pública, hubiese sido absolutamente necesario el concurso de ambos cónyuges, luego para que sea respetado el principio de tutela judicial efectiva, es de todas luces necesario que ambos sean demandados, pues en caso contrario se produciría indefensión. Sin duda alguna, constando inscrito el bien a nombre de un cónyuge casado en comunicación foral de bienes, el inmueble tiene el carácter de comunicado ex art. 95, y por tanto es imprescindible que la demanda se dirija contra los dos, pues de los dos es necesario que se obtenga el consentimiento para la disposición o gravamen.

RDGRN DE 26 DE JULIO DE 2014

Continuamos ahora con una resolución muy reciente, referente además a un caso acaecido en Bizkaia, que resumidamente, y prescindiendo de datos que no son pertinentes en este caso, es el siguiente:

Se presenta en el Registro de la Propiedad de Amorebieta, un testimonio de una sentencia judicial dictada en un procedimiento de divorcio, en la cual además se aprueba el convenio regulador, por mor del cual, al liquidarse la sociedad conyugal de comunicación foral de bienes, se adjudican a la esposa la vivienda, el garaje y el trastero como anejos a la misma, si bien tienen la consideración de fincas independientes.

Presentado el testimonio en el Registro de la Propiedad, el registrador emite una nota con calificación negativa, en la que señala lo siguiente:

- 1.- El en Registro consta que los excónyuges compraron las fincas en estado de soltero, por mitades indivisas.
- 2.- No consta en el Registro que los titulares hayan realizado negocio jurídico alguno por el que hayan aportado a la sociedad conyugal las fincas.
- 3.- Y por tanto, no habiendo pertenecido en ningún momento a la sociedad conyugal, no puede incluirse en el ámbito de ésta, y para su adjudicación a uno de los cónyuges debe otorgarse la oportuna Escritura Pública de extinción del condominio.

Recurrida ante la Dirección General por la interesada-adjudicataria, se argumenta lo siguiente: la vivienda es cierto que se adquirió en estado de solteros, pero en tomo momento ha sido el domicilio conyugal, pues con esa finalidad se adquirió, eso ha sido, el préstamo que sirvió para financiar la adquisición se ha venido satisfaciendo a partes iguales con dinero de la sociedad conyugal. Y por ese motivo, y con efectos retroactivos, en el convenio regulador se le ha querido dar ese carácter. Este convenio es un contrato en el que existe libertad de pactos, siempre que se respete su contenido mínimo y los límites derivados del derecho de familia y de la necesidad de tuición de menores y cónyuges en situación de inferioridad. Y por ello, y además habiendo sido aprobado en sede judicial, no cabe duda que si los convenientes le han dado el carácter de bien integrante de la comunicación foral con efectos retroactivos, esta consideración debe tener, siendo suficiente la adjudicación en el convenio regulador, sin necesidad de formalizar una extinción de condominio.

La Dirección General, resuelve lo siguiente:

En primer lugar, como es habitual en estos casos, se pregunta si entra dentro del ámbito de calificación las resoluciones judiciales, de acuerdo

con lo que establece el art. 100⁷ del Reglamento Hipotecario, recordando que el registrador no puede entrar al valorar el fondo del asunto, ni tampoco la validez del convenio, pero sí si el testimonio comprensivo de la sentencia que aprueba el convenio es título inscribible.

Ya tiene señalado la Dirección⁸ qué actos se deben inscribir en virtud de convenio, y cuales en virtud de Escritura Pública. Y por tanto, el convenio es un medio idóneo para la inscripción, siempre que no se extralimite de su contenido, sin que pueda servir para soportar otros negocios jurídicos que nada tengan que ver con el objeto de un proceso que versa sobre una crisis matrimonial.

Efectivamente el art. 3 de la Ley Hipotecaria, exige entre otros requisitos, la necesidad de documento público o auténtico para practicar la inscripción, citando que para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales, estos deben estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico. Pero esto no quiere decir que se pueda elegir indistintamente cualquiera de ellos para cualquier clase de acto o contrato.

Y además, está más que reconocido en nuestro ordenamiento que los cónyuges puedan realizar entre ellos los negocios jurídicos que consideren conveniente, ex art. 1.323 C.c., y por todas la Resolución de 11 de Abril de 2012. Pueden por tanto en el momento de disolver y liquidar su régimen económico matrimonial realizar cuantas transferencias de bienes, incluso privativos, consideren conveniente, haciendo así negocios jurídicos complejos, para, por ejemplo, compensar con un bien propio al cónyuge que lleve un defecto de adjudicación en la liquidación. Ahora que estos negocios, no pueden pretender su inscripción sin más, por el hecho de figurar en un convenio regulador.

⁷ Artículo 100.- La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

⁸ Resolución de 25 de Octubre de 2005.

Además, el proceso de divorcio, que tiene por objeto principalmente aspectos personales, también los tiene patrimoniales, pero no son propiamente los derivados de una liquidación de bienes conyugales, sino más bien, otros tales como la atribución de la vivienda familiar y el ajuar. Por eso, sólo si las partes no se pronuncian sobre ello, lo hace el Juez. Todo los demás negocios que tengan por objeto la transmisión de bienes, son negocios independientes del proceso de divorcio, que por tanto debieran figurar en escritura.

Y sentado lo anterior, ¿basta el convenio para inscribir la adjudicación de una vivienda adquirida en estado de solteros, y por tanto privativa, a uno de los cónyuges, o es necesaria la escritura pública?

Considera la Dirección que el dato fundamental es el hecho de que estamos ante la vivienda familiar. Ello porque, aparte de la causa onerosa (la mujer se adjudica la vivienda asumiendo también el préstamo hipotecario que la grava), y de la causa propia del proceso de solución de la crisis matrimonial, existe otra causa, que es la protección del interés de los hijos y familiar⁹, que debe ser protegida, y que es la causa típica de los convenios reguladores en cuanto a la atribución de la vivienda familiar.

Por tanto, y existiendo esta causa familiar, y teniendo además como finalidad el convenio la terminación de una vida en común, y habiéndose adquirido esa vivienda para que sirviese de domicilio a la familia, y siendo un contenido obligatorio el del convenio el de la atribución del domicilio familiar, la Dirección General resuelve que en estos supuestos, y sólo en estos, puede procederse a la inscripción de bienes privativos en procesos que tengan por objeto la liquidación de sociedades conyugales, y que documentalmente estén soportados en un testimonio de sentencia dictada en un divorcio, aprobando un convenio regulador. No así, respecto de cualquier otro bien que no sea la vivienda familiar, tal y como recoge la Resolución de 4 de septiembre de 2014, de la Dirección General de los

⁹ Resoluciones de 7 de Julio y 12 de Septiembre de 2012.

Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Mogán, por la que suspende la inscripción de un testimonio de sentencia de divorcio y de auto por el que se aprueba un convenio regulador.

No quiero terminar el comentario de esta Resolución, sin llamar la atención sobre la consideración que la misma hace de la parcela de garaje y del trastero, también adjudicados a la esposa. Los mismos, dice, la resolución, aunque sean fincas independientes, tienen la consideración de anejos funcionales, , pues, como recogen, y cito literalmente, las sentencias de la Audiencias Provinciales de Ciudad Real (Secc. 2.^a) de 28 de octubre de 2010 y de Murcia (Secc. 5.^a) de 4 de mayo de 2011, en sendos supuestos similares a los ahora examinados de adjudicación de la vivienda familiar junto con el garaje y trastero anejos,

«de acuerdo a una interpretación acorde con la realidad social, ..., el concepto de residencia habitual del núcleo familiar antes de la ruptura matrimonial, se hace extensivo y comprende aquellos anexos tales como trastero y plaza de garaje, independientemente de si registralmente constituyen fincas diferentes, si antes de la ruptura matrimonial por su ubicación, eran utilizados conjuntamente con la vivienda por sus moradores, constituyendo «elementos útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar y son complementos de la vivienda familiar, al proporcionar utilidad y comodidad a sus miembros; de ahí que su atribución se encuentre vinculada y es posible en la sentencia de divorcio, junto a la de la vivienda familiar, cuando son dependencias inherentes, complementarias o anexo de ellas. A sensu contrario, no es tema de familia cuando no cumplen estas funciones ni es parte integrante de aquella», diferente consideración lo es cuando la plaza de garaje está en finca diferente y alejada de la vivienda, como no es el caso».

Y esto lo digo, por la trascendencia fiscal que tiene. Efectivamente la liquidación de la sociedad conyugal está exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de Actos Jurídicos Documentados, no así los excesos

de adjudicación que surjan de la misma, que, salvo que tengan su origen en la adjudicación de un único bien de imposible o difícil división, estarán sujetos por el exceso al Impuesto por el concepto Transmisiones.

Pues bien, he conocido ya de distintos casos, que son como siguen: se practica una extinción de condominio entre una pareja que ha dejado de serlo, y en la cual liquidan su patrimonio común, muy frecuentemente integrado por una vivienda, un garaje y un trastero, fincas independientes, próximas a la vivienda o incluso en el mismo edificio. Se adjudica todo a un miembro de la pareja (típicamente a cambio de asumir él o ella íntegramente la deuda hipotecaria). Y se liquida la escritura por actos jurídicos documentados, pagando el 0,5% por la extinción de comunidad. Pues bien, en alguna ocasión Hacienda ha considerado que el otro miembro de la pareja podría haberse adjudicado el garaje y el trastero, y liquida el exceso en cuanto a éstos al tipo general del 7%. Y en otras ocasiones, al producirse la venta de la vivienda habitual junto con la parcela de garaje que la acompañaba, ha entendido la Diputación que el exención por reinversión de vivienda habitual no ampara la ganancia patrimonial generada por la venta del garaje. Debe dejarse meridianamente claro, que ni la parcela de garaje ni el trastero han tenido “vida propia” en momento alguno, y que carecen de sentido sin la vivienda, con la cual constituyen una unidad habitacional, o una finca funcional, de la cual no pueden desgajarse artificialmente.

Termina la resolución indicando que en los casos de divorcio, no se produce la consolidación de la comunicación foral (art. 104), de tal forma que los llamados bienes aportados y los bienes ganados no se confunden, perteneciendo a cada cónyuge los bienes de su procedencia, o los adquiridos con ellos o con el importe de su venta. Regla que debe entenderse sin perjuicio de las que rigen la atribución de la vivienda familiar, o su uso en tiempos de crisis.

RESOLUCIÓN DE 7 DE FEBRERO DE 2013.

En este caso, y sin ser una materia tradicional del derecho foral, porque no era tradicional en ningún caso el reconocimiento de las uniones de pareja, en una sociedad en la que la norma era el matrimonio, se aprobó la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, al hilo de lo que ya había ocurrido en otras comunidades autónomas, y de lo que estaba por venir en otras, para dar respuesta a una innegable realidad social de un sector de la población que reclamaba lo que se llamó “derecho a no contraer matrimonio”. Vamos a analizar esta resolución, referida a la Ley 5/2002 de 16 de Diciembre de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Se trata de un hombre y una mujer solteros, unidos en pareja de hecho inscrita en el Registro de parejas de la Junta de Andalucía, aclarando además que mediante pacto capitular en escritura, acordaron para su unión, el régimen de bienes gananciales. De esta forma, la mujer aportó a su sociedad de gananciales un inmueble, vivienda habitual de los dos, asumiendo además el hombre el préstamo hipotecario que la gravaba. Es decir, un negocio clásico de aportación a gananciales. Estos pactos, su formalización y publicidad, están expresamente previstos en la Ley andaluza¹⁰, y además en una forma muy similar a como lo hace nuestra norma¹¹.

¹⁰ Artículo 10 Libertad de pactos.- Los miembros de las parejas de hecho, teniendo en cuenta el principio de libertad de pactos que rige sus relaciones patrimoniales, podrán solicitar de las Administraciones Públicas de Andalucía información sobre las disposiciones legales vigentes al respecto.

En cualquier caso las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación, como a su término. Los pactos que acordaren podrán establecer compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia.

Artículo 11 Información e inscripción registral.- 1. Las parejas de hecho interesadas en suscribir un documento, en el que quede reflejado el régimen económico volunta-

Presentada la escritura de aportación el Registrador de la Propiedad la calificó negativamente argumentando literalmente lo siguiente:

La sociedad de gananciales está configurada en el ordenamiento jurídico vigente como el sistema común supletorio, a falta de capitulaciones matrimoniales, de regular el régimen económico del matrimonio (artículo 1.316 del Código Civil). A mayor abundamiento, los artículos 1.344 y siguientes de dicho Código, reguladores de la sociedad de gananciales, parten siempre del dato del matrimonio: Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges... Y el 1.345 dispone que la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio...

Al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia en esta materia la legislación aplicable es la común del Código Civil, por lo que al no estar unidos en matrimonio los intervinientes, no procede la aplicación del régimen económico de gananciales 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.

riamente pactado entre sus miembros, podrán requerir de la Administración de la Junta de Andalucía que les informe sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo, especialmente con respecto a las siguientes materias:

2. Los miembros de las parejas de hecho podrán solicitar del Registro la anotación del documento en que hubiesen acordado el régimen económico aplicable a los mismos, así como sus posteriores modificaciones.

¹¹ Artículo 5 Regulación de la relación y régimen económico.- 1.- Los miembros de la pareja de hecho podrán regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja.

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

Es decir, que sólo el régimen de gananciales puede predicarse de un matrimonio, y que La Junta de Andalucía carece de competencias para legislar sobre el tema (art 149 1.8º CE), por lo que la legislación aplicable es la común del Código Civil, y al no estar sujetos los miembros de la unión al matrimonio, no puede inscribirse el bien de esa forma.

El recurso por parte de los interesados, no se hace esperar: tras unos fundamentos de carácter sociológico sobre la necesidad de regular las uniones, y otros de carácter más general basados en el libre desarrollo de la personalidad y en la igualdad material y formal, así como en la autonomía de la voluntad, indican que si una norma, ni más ni menos que con rango de Ley, permite a los miembros de la unión pactar libremente las condiciones y efectos de sus relaciones patrimoniales, no puede imponer el registrador su criterio en contra. Añaden que la norma, que no ha sido tachada de inconstitucional, ni tan siquiera recurrida, surte efectos directos e inmediatos, y como parte de un cuerpo legal, vincula a todos los ciudadanos, y en especial a los poderes públicos. Si no puede un juez dejar de aplicar una norma por considerarla inconstitucional, sino como mucho plantear una cuestión de inconstitucionalidad, menos aún un registrador.

Añaden además, que si el registrador reconoce que los pactos alcanzan a los firmantes, es sin duda porque reconoce su legalidad, y de ahí que deba permitir su acceso al Registro. Y que si el régimen de copropiedad de los art.- 392 y siguientes C.c., permite regular las normas de funcionamiento y su acceso al Registro por tener trascendencia real, cuanto no más la escritura aportada, qué solo redundan en beneficio de la seguridad jurídica, pues permite conocer el estatus de un inmueble a través de su publicidad.

Terminan diciendo, que si existe una *causa matrimonii*, fruto de la protección que el ordenamiento otorga a la familia, de la misma forma, debe favorecerse la llamada *causa convivendii*.

Sorpresivamente, desde mi humilde opinión, la Dirección General, da la razón al Registrador, basándose en los siguientes motivos:

Tras empezar reconociendo que la STS de 27 de Mayo de 1998, declaró qué: «...naturalmente, cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes...». Por lo tanto, consideramos que los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público.

Pero encuentra la Dirección los siguientes problemas: no está regulada la remisión genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, argumentando que ello es debido a que es imposible debido a que :

- 1.- no se puede hablar de sociedad de gananciales, que es un régimen económico matrimonial, si no hay matrimonio.
- 2.- La falta de publicidad frente a terceros
- 3.- La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales, pues no están unidos en matrimonio.

Entiende por tanto que cuando la Ley Andaluza habla de “pacto regulador”, se está refiriendo a que, mediante cualquier medio de transmisión ordinario (permuta, compraventa, donación, sociedad civil...) puedan dar satisfacción a sus pretensiones. Es más, añade que ni siquiera sería necesario que pactasen nada, pues de los “facta concludentia”, de forma presunta, podría saberse cuales son los pactos de las partes. Dice tajantemente que no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio.

Pero lo más importante de la argumentación, se encuentra en el Punto 7, que por su interés reproduzco:

Por su parte, la Ley Andaluza reseñada, fija la plena libertad de pactos para establecer el régimen económico de la relación de la pareja estable y de la compensación por disolución, respetando los derechos míni-

mos recogidos en la legislación general aplicable. Es ésta la que muestra más paralelismo con la regulación del matrimonio, tal como se deduce del régimen previsto en sus artículos 10 y 11. El documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Uniones de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros.

De la Exposición de Motivos de la misma Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, resulta de forma cristalina que el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo. Diferencia importante y esencial –para este expediente– con respecto a la naturaleza del Registro de la Propiedad que conforme los artículos 1 y 18 de la Ley Hipotecaria tiene el carácter de registro jurídico. Igualmente ocurre con el Registro Civil, de manera que en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, se deduce de forma clara el carácter jurídico de este Registro. Esta circunstancia hace que los documentos y títulos que contienen los actos y negocios que resulten inscritos en estos Registros, hagan publicidad en perjuicio de terceros de los derechos que resulten de los mismos. A diferencia de éstos, el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero.

Es decir, que esta resolución altera profundamente la intención de la normativa, no sólo andaluza, sino de cualquier otro territorio, pues está vedando, creo que de forma extralimitada, el acceso al Registro de las adquisiciones de bienes inmuebles por parte de parejas de hecho, salvo que lo hagan en copropiedad ordinaria, amparándose en que:

- 1.- No cabe hablar de regímenes de gananciales (y en general de ningún otro como la comunicación foral), en el caso de parejas de hecho.
- 2.- El Registro no produce efectos frente a terceros, y por tanto no puede dar publicidad de un pacto de la misma forma que lo hace el Registro Civil (o en su caso de la Propiedad).

No dice nada sin embargo la resolución, sobre la falta de competencia de la Junta para regular la materia, cuestión alegada por el registrador. Es un punto que no tendría cabida en nuestra normativa, al amparo de la previsión del artículo 149 1.8º y del Estatuto de Autonomía, debiendo añadir que la norma vasca no fue denunciada por inconstitucional ante el TC, salvo en cuanto a lo relativo a la adopción, siendo luego retirado el recurso tras la aprobación de la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Quedará sin embargo por ver como influye la Sentencia del Tribunal Constitucional, 93/2013 de 23, en un recurso contra la Ley Foral Navarra 6/2000 de 3 de Julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, pues ha declarado entre otros inconstitucional el apartado 3º del artículo 2, cuando dice:

Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Y en el caso de nuestra normativa, el apartado 2º del artículo 2, recoge que:

Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la ley. A tal efecto, podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad.

Entiendo que la diferencia de vecindades referidas será un elemento determinante.

Como vemos sigue habiendo una gran indefinición con este tema, y aún deberán pasar años para asentar esta nueva realidad dentro de nuestro acervo jurídico.

RESOLUCIÓN DE 11 DE MARZO DE 2003.

Y vamos a terminar, brevemente, hablando de esta resolución, que a raíz de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 2014, va a volver a estar en el punto de mira de muchos operadores jurídicos, en el quehacer diario de nuestra labor.

El caso ocurre en Cataluña, pero bien podría ocurrir, y en mi caso prácticamente a diario, en la vida de mi despacho.

Se presenta en el Registro de la Propiedad una Escritura de aceptación de herencia, en la cual, la viuda en nombre propio y de sus hijos menores de edad, manifiesta la herencia causada al fallecimiento de su esposo, que fallece intestado y con vecindad civil catalana. Y en pago de su haber, se adjudica la mitad de único inmueble en pago de su mitad de gananciales, y de la herencia de su esposo el usufructo viudal. Presentada la Escritura en el Registro, es calificada negativamente aduciendo lo siguiente:

.- El causante falleció después de la entrada en vigor de la Ley de 15 de Octubre de 1990, que modificó el art. 9.8 del Código Civil, dándole la siguiente redacción:

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

Y toda vez que el matrimonio estaba casado en gananciales, a la viuda se le debe aplicar la legislación común, que le otorga el usufructo de un tercio, y no de la totalidad, como hace la ley catalana. Máxime habiendo

menores, por lo que se aprecia un clarísimo conflicto de intereses, pues encima se está quedando con más de lo que le correspondía, a juicio del Registrador. Y voluntariamente, ante estos menores de edad, no se puede excluir voluntariamente la ley aplicable¹².

En este caso es el propio notario el que interpone el recurso gubernativo en interés de doctrina, y expone que ante este artículo, el 9.8, hay dos opciones: “1. La ley que rige los efectos del matrimonio regula todas y cada una de las atribuciones que corresponden al cónyuge superviviente. Esta es la interpretación del Registrador: al ser el usufructo viudal intestado catalán un derecho sucesorio que se concede ex lege, la atribución del mismo se verificará de conformidad con la ley que rige el régimen económico matrimonial. 2. La ley que rige los efectos del matrimonio se aplica sólo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de la ley ligadas al régimen económico matrimonial, sean de carácter familiar o sucesorio. Por tanto, quedan fuera del precepto los derechos abintestato, con la consecuencia de que dicho precepto no regiría la atribución del usufructo universal al cónyuge superviviente en la herencia intestada del cónyuge premuerto, que se considera consiste en otorgar a la norma la extensión que le corresponde sin extensiones injustificadas”.

El notario apunta como correcta la segunda, pues lo que pretendía el legislador de 1990 no era romper el principio de universalidad de la sucesión, sin acabar con las discriminaciones entre cónyuges, asegurando el principio de igualdad.

Así pues:

- 1.- Los beneficios familiares derivados de la celebración del matrimonio, dependen de la ley que rige los efectos del matri-

¹² La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

monio, pero los que rigen la sucesión, son los que corresponden a la ley del causante

2.- Debe primar el respeto a las normas de la sucesión intestada, pues no puede llegarse a soluciones diferentes según cuales sean las normas reguladoras del régimen económico matrimonial.

3.-Y debe primar siempre el principio de unidad de la sucesión.

Ante las alegaciones del notario, el registrador opuso lo siguiente:

Si el cambio de vecindad civil no altera el régimen económico matrimonial, tampoco debe alterar los efectos derivados del mismo, expectativas, y queridos por las partes. En definitiva, es un problema de derechos ya adquiridos que no pueden ser turbados pro la aplicación de una ley determinada a posteriori.

¿Y qué resuelve la Dirección General?

Parte de que hay dos puntos de salida:

a.- Considerar que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico matrimonial establecido al iniciarse la relación.

b.- O entender que, puesto que el régimen es mutable, el legislador se refería solo a los derechos ligados al matrimonio y de carácter familiar, que pueden integrarse en la sucesión, con independencia del régimen matrimonial elegido.

Para resolver el problema, la Dirección parte del principio de universalidad y unidad en la sucesión, formulado en el art. 9.8, en cuanto se refiere a la ley nacional del causante (o la determinada por su vecindad civil). Y es este contexto se sitúa la remisión a los derechos del cónyuge, introducida por la Ley 11/1990.

Y así como es posible considerar que los derechos sucesorios del supérstite participan de la naturaleza de las disposiciones mortis causa, y

que por tanto la ley aplicable sería que se utilizó para determinar los efectos del matrimonio, también es posible considerar de cara al principio anterior de universalidad de la sucesión, y de seguridad jurídica, es preciso que se aplique la ley personal del causante, y su interpretación se hará con arreglo a la ley que regía los efectos del matrimonio, pero solo en cuanto las atribuciones, al estatuto primario del cónyuge, referido a instituciones tales como la tenuta, el año de luto, etc...

Sin embargo, una Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 2014, brillantemente comentada por Don Francisco de Borja Iriarte, y a cuyo artículo me remito, ya nos advierte que ha cambiado la interpretación por parte del Alto Tribunal de este precepto, y ahora, un cambio de vecindad civil de los ya cónyuges, va a suponer que existirán dos normativas en la sucesión: Una, la que rigió en el momento de contraer matrimonio a los efectos de delimitar los derechos, y digo todos los derechos del cónyuge viudo, y otra, para regular el resto de efectos de la sucesión, que será aquella que corresponda con la vecindad civil del *de cuius* en el momento de fallecer.

Matrimonio casado en Bilbao y de Bilbao de toda la vida, que se trasladada a vivir a Las Arenas, donde tras más de 15 años fallece el marido, intestado. ¿Cuál es la legítima de la viuda? Esto no es un caso de laboratorio. Y la cuestión no es baladí. Como en muchas otras ocasiones, nos movemos en un terreno de indefinición.

La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

Magistrado - Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Miembro de la Academia Vasca de Derecho

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. LA NORMATIVA DE CONFLICTO. III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ANTERIORES A LA SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2014. III.1. La unidad de la sucesión en la interpretación del artículo 9.8 del Código civil. III.2. La unidad de la sucesión en la interpretación del artículo 12.2 del Código civil. IV. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La sentencia del 28 de abril de 2014, de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, interpreta el inciso final del artículo 9.8 del Código civil en un sentido literal, rompiendo el anterior criterio de la unidad y universalidad de la ley que rige las sucesiones.

Esta interpretación puede ser de especial importancia en territorios como el nuestro, en el que conviven dos ordenamientos en un pequeño espacio geográfico, de forma que un cambio de domicilio tras el matrimonio puede suponer que la herencia de una persona se encuentre sometida a dos normativas, una para los derechos legitimarios del cónyuge viudo y otra para el resto de la sucesión.

II. LA NORMATIVA DE CONFLICTO

El artículo 16.1 del Código civil (en adelante, CC) nos remite a las normas del Título IV del Título Preliminar del propio CC para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, por lo que en materia de sucesiones será de aplicación la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 del mismo cuerpo legal¹:

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

Es decir, que la norma establece un principio general, esto es, el de nacionalidad –o vecindad civil en nuestro caso– y dos excepciones: una relativa a la aplicación del *favor testamenti* a los conflictos móviles por

¹ Es importante destacar en esta materia que el Reglamento (UE) N° 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 establece en su artículo 38:

“Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales”.

Por tanto, la entrada en vigor del meritado Reglamento el 17 de agosto de 2015 no tendrá efectos en los conflictos internos, salvo que las Cortes Generales opten por incorporar las normas de conflicto reglamentarias a estos conflictos. Lo que por el momento es altamente improbable.

cambio de nacionalidad y otra relativa a los derechos del cónyuge viudo, introducida ésta en la reforma de 1990.

La doctrina² ha venido considerando que la justificación del inciso último ha sido buscar la coordinación entre el régimen económico matrimonial y el sucesorio, de forma que se eviten las discordancias que se pusieron de manifiesto en el caso Tarabusi³, de forma que se rompa el criterio general de unidad de la sucesión sobre el que hablaremos más abajo.

Además, en el caso del Derecho civil vasco debemos tener en cuenta que el artículo 23 de la Ley 3/1992⁴ establece:

“Los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia.

Por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma”.

² Entre muchos otros lo plantea expresamente AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1962. Plantea el caso inverso al de la sentencia objeto de este comentario, esto es, fallecido español cuyo matrimonio está sometido al régimen de separación de bienes italiano; la norma de conflicto entonces vigente, que sólo hacía referencia a la ley nacional del causante (art. 10 párrafo segundo del CC), suponía que en este supuesto la viuda no recibía nada.

El Tribunal Supremo termina aplicando el régimen económico de gananciales al considerar que no se ha probado adecuadamente el Derecho italiano, probablemente en un ejercicio de justicia material, pero que hasta hoy en gran medida informa los criterios de prueba del Derecho extranjero.

⁴ No voy a entrar en la compleja materia de la competencia del Parlamento Vasco para establecer normas de conflicto aunque sea dentro de su territorio, en los llamados conflictos interlocales; sobre esta cuestión puede consultarse OLEAGA Y ECHEVERRÍA, Francisco Javier de, “Competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para dictar normas sobre conflictos ocasionados por la aplicación de los diferentes derechos en las zonas con diverso derecho”, ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “Los conflictos de leyes en la Ley vasca de 1 de julio de 1992”, e IRIARTE ÁNGEL, José Luis, “Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil”, todos ellos en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*. RSBAP, Bilbao 1999.

Es decir, que la sucesión del vizcaíno no aforado puede regirse incluso por tres normativas, a saber, (i) la vizcaína respecto a los bienes troncales⁵, (ii) la que rige el matrimonio para determinar los derechos del cónyuge viudo si no coincide con la común, y, (iii) la derivada del Código civil para el resto; además esta sujeción a la troncalidad se mantendrá incluso si pierde la vecindad civil vizcaína, en aplicación del último párrafo, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010.

Esta norma, tras pasar por el artículo 10 de la Compilación de 1959, procede del último párrafo del artículo 10 de la versión original del Código civil, que decía⁶:

“Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XX, del Fuero de Vizcaya”.

En razón de la misma, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1902 consideró que la pérdida de la vecindad civil vizcaína no suponía la pérdida del carácter troncal de los bienes que la tuvieran.

Como vemos el principio de unidad y universalidad de la sucesión tiene una quiebra al menos desde la misma entrada en vigor del Código civil.

III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ANTERIORES A LA SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2014

Una vez determinada la norma de conflicto vamos a proceder a su estudio, en relación con el que se han venido manejando dos tesis, la am-

⁵ Para los problemas de la troncalidad en relación con la vecindad civil y su cambio, ver ZABALO ESCUDERO, M.E., BREGÓN SANZ, C., Y CALATAYUD SIERRA, A., *Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés*. Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza, Noviembre 2000.

⁶ Para el origen de este precepto ver URRUTIA BADIOLA, Andrés M., *Código, Compilación y Fuero Civil*. AVD. Bilbao 2013, dónde se relata la intervención del senador Martín de Zavala.

plia y la restringida, y que básicamente podemos resumir siguiendo a NAVARRO VIÑUELAS⁷ de la siguiente manera:

“La denominada “tesis amplia” señala que la ley que rige los efectos del matrimonio regula todas las atribuciones que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de la ley, sean de carácter familiar o sucesorio. Dado que el usufructo viudal intestado catalán es un derecho sucesorio que se concede ex lege, la atribución del mismo se verificará de conformidad no con la lex sucesoria del causante sino, de conformidad con el art. 9.8 in fine C. civil, con la ley que rige los efectos del matrimonio.

La opinión contraria, o “tesis restrictiva”, considera que la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen en favor del viudo al fallecer su cónyuge (tenuta, año de luto y similares), pero no a las atribuciones legales de carácter sucesorio en favor de dicho viudo. Por tanto quedan al margen del artículo 9.8 in fine los derechos legitimarios y ab intestato con la consecuencia de que dicho precepto no regularía la atribución del usufructo universal al cónyuge superviviente en la herencia intestada del cónyuge premuerto”.

Como veremos más abajo, el autor se inclina por la tesis restrictiva, aunque a mi modo de ver incorrectamente.

III.1. La unidad de la sucesión en la interpretación del artículo 9.8 del Código civil.

Hasta la sentencia de abril de 2014 se ha producido escasa jurisprudencia sobre el artículo 9.8 del Código civil *in fine*, aunque el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña emitió dos autos de fecha 5 de diciembre de 1995 y 10 de diciembre de 1997 en sendos recursos contra calificaciones regis-

⁷ NAVARRO VIÑUELAS, José María, *Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código civil*, La Notaría 10/1995. Barcelona. Octubre 1995.

trales en los que optó por la tesis amplia, lo que fue objeto en su momento de crítica tanto por NAVARRO en la obra citada, como por PEIRÉ⁸.

Ambos autores, al menos uno de ellos el notario “revocado”, apuestan por la tesis restrictiva; en concreto realiza el siguiente planteamiento: es común en Cataluña que una persona fallezca intestada con vecindad civil catalana pero casado en régimen de gananciales por haber contraído matrimonio cuando se encontraba sometido a la vecindad común; si se aplica la tesis amplia el cónyuge viudo recibiría el usufructo de un tercio de la herencia (derecho común) mientras que si se aplica la restrictiva recibiría el usufructo de la totalidad de la herencia establecido en el Derecho catalán, lo que le dejaría en mejor posición.

En mi opinión el planteamiento es erróneo y puede servirnos para sostener que la interpretación amplia es la correcta por ser el objeto del último párrafo coordinar el régimen económico matrimonial con el sucesorio, evitando distorsiones: el cónyuge viudo casado en gananciales recibe el usufructo de un tercio de la herencia porque ha recibido en la liquidación de gananciales la mitad del patrimonio familiar; y *a sensu contrario*, el viudo en separación de bienes recibe el usufructo de la totalidad de la herencia porque puede que su patrimonio sea nulo por virtud de la inexistencia de un patrimonio familiar.

Porque si damos la vuelta al ejemplo citado por NAVARRO, es decir, nos vamos a la pareja de “catalanes” que muere sometida al derecho común, y aplicamos la interpretación restrictiva puede que el cónyuge viudo se encuentre en la miseria más absoluta, en un supuesto similar al planteado en la familia Tarabusi.

Y con esto no quiero hacer una crítica doctrinal de los artículos mencionados, sino una reflexión, ya que entiendo que ambos notarios buscaban satisfacer las necesidades concretas de dos cónyuges viudos con-

⁸ PEIRÉ AGUIRRE, José Luis, *Una interpretación del artículo 9.8 del Código civil*, La Notaría 09/1998. Barcelona. Septiembre 1998.

cretos, pero partiendo de una interpretación que puede dar lugar a soluciones manifiestamente injustas en según qué casos; y aquí debemos recordar que la ley debe dar criterios generales, no *ad hoc*.

La Dirección General de los Registros y del Notariado optó por la tesis restrictiva en sus resoluciones de 11 de marzo⁹ y 18 de junio de 2003¹⁰, de contenido prácticamente idéntico¹¹:

“4. La hermenéutica flexible elegida permite afrontar la cuestión planteada en el artículo 9.8 desde otra óptica que permita conciliar los intereses en juego.

En efecto, es posible considerar que los derechos sucesorios del supérstite participan siempre de la naturaleza de las mortis causae capiones en una interpretación del artículo 16.2 del Código Civil, del que el 9.8 no sería más que generalización- de tal suerte que la ley aplicable sería la correspondiente al régimen económico matrimonial de los consortes, como consecuencia familiar y sucesoria del mismo, determinado por la ley que regula los efectos del matrimonio.

Mas, en otro polo argumental también puede sostenerse que siendo esencial a la seguridad jurídica la uniformización de las soluciones a adoptar en las relaciones jurídicas complejas sucesorias, cuando intervienen en las mismas elementos personales que se rigen por diversas leyes, debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria, en la globalidad de sus relaciones, cualesquiera que sea la singularidad de los

⁹ RJ 2003\3949.

¹⁰ RJ 2003\4467.

¹¹ Aunque no las reproduzco en su integridad por no alargar este texto, es altamente recomendable su lectura para ver cómo el órgano directivo “viste” una resolución con el solo efecto de aplicar el principio de unidad de la sucesión, y en consecuencia, dejando vacío el último inciso del artículo 9.8 CC.

En concreto se mezcla el concepto de ley reguladora del matrimonio, que en virtud del artículo 9.2 CC se determina en el momento de contraerlo o inmediatamente después, y es inmutable, con la mutabilidad de los efectos económicos y personales del mismo (9.3 CC).

elementos personales que la integren y sin más excepciones que las derivados de la concurrencia de otros estatutos preferentes por lo que los derechos del cónyuge se regirán por la ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial (Cfr. año de luto, tenuta, aventajas, ajuar doméstico, viudedades forales en su consideración familiar, o cualesquiera otras que determine la ley aplicable).

Fallecido que sea uno de los esposos, para establecer los derechos en la sucesión del supérstite, se deberá calificar su ley personal común sobrevenida (lo que se presume por efecto del artículo 69 Cc.) o bien se determinará en la forma establecida en el artículo 9.2, a fin de aislar los derechos configurados como vinculados al mismo (Cfr. art. 16.2; 1321 Cc..) y las normas imperativas que deben prevalecer sobre las disposiciones del causante o los derechos conyugales del viudo.

Esta interpretación armonizadora de los artículos 9.2, 9.8 y 16.2 del Código Civil es congruente con el principio de la unidad de la sucesión, impide fraccionar la misma en estatutos inconciliables, siendo aplicable idéntica solución tanto a la sucesión testada como a la intestada, sin afectar al orden sucesorio determinado por la ley personal del causante ni extraer conclusiones no coherentes con los distintos regímenes económicos y sucesorios pues no existiendo, por ejemplo, mejora en la sucesión de un catalán, no puede considerarse, en el mismo ejemplo, derecho del supérstite cuyo matrimonio se rigió por gananciales el usufructo del art. 834 Cc.”.

Por el contrario, la mayoría de los autores, entre ellos FONT I SEGURA¹², consideran más adecuada la tesis amplia, ya que la restrictiva supone vaciar de contenido el inciso final del artículo 9.8 y no resuelve la descoordinación entre sucesión y régimen económico matrimonial;

¹² FONT I SEGURA, Albert, “Conflictos internos de leyes en materia sucesoria”, en la obra colectiva *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*. Tomo 2. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

también IRIARTE ÁNGEL¹³ a la hora de tratar la cuestión del reenvío considera que el artículo 9.8 *in fine* supone una quiebra del principio de unidad de la sucesión, optando por la llamada tesis amplia.

Entrando a la Jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 17 de diciembre de 2001¹⁴, cuyo Fundamento de Derecho Tercero reproduzco extractado, se acoge a la tesis amplia:

“... Siendo esto así, los derechos sucesorios que correspondan al cónyuge superviviente se regirán por la ley catalana, compartiendo íntegramente la Sala los argumentos que al respecto se contienen en la sentencia de primera instancia, plenamente acordes con los preceptos citados, no siendo admisible la interpretación que propugnan los recurrentes según la cual la expresión “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen...” vendría referida a la ley de la vecindad civil del causante, es decir, a la ley que rige la sucesión, que según sostienen, es la aragonesa. De mantenerse tal interpretación resultaría de todo punto innecesaria y quedaría vacía de contenido la remisión a la ley reguladora de los efectos del matrimonio pues con independencia de cual fuera ésta, siempre sería de aplicación la ley personal del causante, salvo que una y otra legislación otorgaran los mismos derechos sucesorios y, precisamente, la finalidad del precepto es salvar las eventuales discordancias que pudieran producirse entre una y otra normativa, decantándose por la ley que regule los efectos del matrimonio, sin perjuicio de las legítimas de los descendientes que, estas sí, y por expresa disposición legal, vendrán determinadas por la ley que rija la sucesión, sin que pueda predicarse lo mismo para los derechos sucesorios del cónyuge viudo...”

¹³ IRIARTE ÁNGEL, José Luis, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, en la obra colectiva *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2009. Anteriormente el autor había tratado este asunto en *Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones*, Revista General de Derecho, núm. 537. 1989. Donde pone de relieve las numerosas quiebras del principio de unidad de la sucesión existentes en el sistema, que no es un principio tan monolítico como pudiera parecer.

¹⁴ AC 2002\553.

En sentido contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de junio de 2014¹⁵, se acoge a la tesis restrictiva en aplicación del principio de unidad de la sucesión:

“En consecuencia, esta Sala considera debe prevalecer el principio de unidad de sucesión, sin que proceda la pretensión de la actora de que en la sucesión de D. Arcadio se aplique al mismo tiempo la regulación sucesoria ibicenca por aplicación de la ley personal del causante, y la común únicamente a los derechos legitimarios del cónyuge viudo, y que, la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de la ley y que en este caso vendrán determinadas por la ley personal del causante. A tal argumento cabría añadir el hecho de que la regulación contenida en la Compilación Balear, conforme a la STSJ Islas Baleares de 3 de septiembre de 1.998, la Compilación debe prevalecer sobre el Código Civil en aspectos sucesorios, sobre los cuales contiene una regulación completa. Procede desestimar el motivo del recurso”¹⁶.

Es decir, que no era cuestión pacífica la interpretación del último inciso del artículo 9.8 CC, aunque la doctrina mayoritaria y alguna jurisprudencia venían inclinándose por una interpretación literal, incluso si esta suponía la ruptura de la unidad de la sucesión, ya que el objetivo del precepto es la coordinación entre régimen económico matrimonial y sucesión.

III.2. La unidad de la sucesión en la interpretación del artículo 12.2 del Código civil.

Traigo brevemente el reenvío porque es en esta materia donde la existencia o no de un principio de unidad y universalidad de la sucesión en

¹⁵ AC 2014\1236.

¹⁶ Desde luego, no compartimos la referencia al derecho balear de sucesiones como prevalente en el asunto cuando estamos tratando la norma de conflicto, competencia exclusiva del Estado (149.1.8° de la Constitución).

el Derecho español ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo; su regulación se encuentra en el artículo 12.2 CC:

“2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

Sobre el reenvío se han escrito multitud de trabajos, ya que ha sido objeto de estudio por la mayor parte de los internacionalistas; en consecuencia, no voy a profundizar en la materia, ni voy a relatar por enésima vez el *caso Forgo*, sino únicamente hacer una breve mención al principio de unidad de la sucesión; para un estudio más profundo se puede acudir, aparte de a las obras generales de la materia y a los trabajos de IRIARTE ÁNGEL anteriormente mencionados, a las obras de CASTELLANOS RUIZ¹⁷ y CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁸.

Simplemente quiero recordar aquí que en esta materia hay tres auténticos *leading cases*; me refiero obviamente a las sentencias de 15 de noviembre de 1996¹⁹ –caso *Lowenthal*–, de 21 de mayo de 1999²⁰ –caso *Denney*– y 23 de septiembre de 2002²¹ –caso *François Marie James W.*– en los que el Tribunal Supremo ha entrado a valorar la aplicación del reenvío de retorno; en los dos primeros lo desestima para luego estimarlo en 2002, pero en los tres considera que no cabe el reenvío a la ley española en tanto suponga el fraccionamiento legal de la sucesión²² tal y como

¹⁷ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. *Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. N° 2/2003.

¹⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Sucesión internacional y reenvío*. Estudios de Deusto. Vol. 55/2. Se trata de un trabajo extenso y con un amplio espectro bibliográfico al que acudir para profundizar en cualquier aspecto.

¹⁹ RJ 1996\8212.

²⁰ RJ 1999\4580.

²¹ RJ 2002\8029.

²² Adicionalmente las dos primeras sentencias consideran que tampoco cabe el reenvío si con ello quiebra la armonía internacional de soluciones, aspecto que no tiene en cuen-

dice, por ejemplo, la sentencia *Denney*: “*La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria*”.

Es decir, que el Tribunal Supremo considera que existe un principio de universalidad de la herencia en el Derecho sucesorio español que impide diferenciar el régimen sucesorio de bienes muebles e inmuebles, lo que no es sino recoger lo que dice el 9.8 CC; sin embargo, en base a este principio tanto la D.G.R.N. como algunos Tribunales habían vaciado de contenido el último inciso del apartado 9.8 CC, que no distingue ni respecto de la calidad ni respecto de la localización de los bienes.

También ha aceptado el reenvío de retorno cuando no se produce el fraccionamiento de la sucesión la resolución de 18 de septiembre de 2006 de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, en un supuesto aún más complicado, ya que planteaba la aplicación del reenvío y la normativa a la que este reenvío se produce, sea la común o la catalana.

En el futuro la entrada en vigor del Reglamento 650/2014 y su limitadísima aceptación del reenvío en el artículo 34 supondrá un cambio de gran magnitud en esta materia, siendo necesario esperar a la interpretación que haga del mismo el Tribunal de Luxemburgo.

Finalmente, y en lo que a los conflictos de leyes internos se refiere, es necesario recordar que el artículo 16.1.2^º CC excluye expresamente el reenvío para los mismos; exclusión que parece redundante —a salvo de casos de laboratorio derivados de las antiguas compilaciones— en tanto la existencia de idénticas normas de conflicto en todos los territorios (art. 16 CC y art. 149.1.8^º CE) hace que difícilmente quepa una situación de reenvío.

ta la sentencia de 2002, por lo que ha sido objeto de crítica doctrinal, como por ejemplo la realizada por CASTELLANOS en la obra citada.

IV. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

Dicho todo esto, llegamos al supuesto enjuiciado en la sentencia de 28 de abril de 2014: fallece un italiano casado con una española bajo el régimen de separación de bienes, expresamente sometido al Derecho español, y se plantea si los derechos de la viuda son los determinados por el Código –usufructo de dos tercios de la herencia, ya que en la sucesión no había ascendientes ni descendientes– o por la normativa italiana – plena propiedad de la mitad de la herencia– dependiendo de la interpretación que demos al artículo 9.8 *in fine*.

Como decíamos anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido inclinándose por el principio de unidad de la sucesión a la hora de tratar el reenvío, lo que llevaba a esperar que una vez se le plantease el alcance del párrafo final del artículo 9.8 CC optase por la interpretación restrictiva, limitando solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen en favor del viudo al fallecer su cónyuge la aplicación de la ley que rige el matrimonio.

Esta había sido la línea interpretativa de la sentencia casada, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de junio de 2011²³ a la hora de enjuiciar en apelación los hechos, a pesar de que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torremolinos había optado por la interpretación amplia del precepto:

“El derecho español entiende preponderante la ley nacional del «de cuius» y al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio. Por ello, debe partirse de la lex fori, que determina, ex artículo 9.8 del Código Civil, que la ley aplicable es la personal del causante, dado que España no ha firmado el Convenio de La Haya de 1989, relativo a ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que conduce a otras conexiones. Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la

²³ JUR 2012\342338.

sucesión (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de ley rectora de los efectos del matrimonio), de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado (art. 12.2 del Código Civil), lo que no es el caso. Pero es más, ese reenvío de primer grado, de existir, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla (en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002). Por todo ello la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte se determina en el artículo 9.8 del Código Civil, precepto que conduce a la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, incluyendo en su ámbito, los derechos que por causa de muerte corresponden al cónyuge superviviente. Razones todas ellas que llevan a la estimación del recurso y con ello, a la desestimación de la demanda inicial”.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo, de la que ha sido ponente el Magistrado Orduña Moreno, hace una interpretación radicalmente opuesta y acorde con la doctrina mayoritaria –y, en mi opinión, la letra de la ley– al fallar:

“3. En efecto, contrariamente a la fundamentación técnica seguida por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la regla del artículo 9.8, in fine, del Código Civil, que determina que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes” opera como una excepción a la regla general de la “lex successionis” previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número

o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, más bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de la Haya de 14 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989.

Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por “efectos del matrimonio” que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, ventajas, ajuar doméstico, etc, y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los “efectos del matrimonio” como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges.

4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los artículos 9.2 y 9.8, in fine, del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna,

como cónyuge superviviente, deben ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

...”.

Como podemos ver, el alto Tribunal opta expresamente por la llamada interpretación amplia del precepto, que considera una excepción a la regla general de la *lex successionis* del primer párrafo del 9.8 CC; en su opinión el último inciso es un criterio técnico establecido con el objeto de facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial, tal y como había venido manteniendo la doctrina.

Además la sentencia deja claro que el principio de unidad y universalidad de la sucesión es un principio relativo, de forma que se agranda la *ilusión óptica* en esta materia a que se refieren CALVO y CARRASCOSA²⁴, ya que no sólo se producirá en virtud del principio de relatividad de soluciones, sino incluso ante los Tribunales españoles cuando la ley que rija el matrimonio sea distinta de la que rige la sucesión. Esta apreciación del Tribunal Supremo puede ser el inicio de una evolución en su doctrina en materia de reenvío de retorno a la ley española, que como hemos visto ha sido basada en el mencionado principio²⁵.

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ Se debe tener en cuenta que si bien en menos de un año estará en vigor el Reglamento 650/2012, todos los procesos derivados de fallecimientos anteriores seguirán estando sometidos a la normativa conflictual hoy vigente, y que éstos serán los supuestos que al menos en lo que queda de década seguirán llegando mayoritariamente al alto Tribunal.

V. CONCLUSIONES

La principal conclusión que podemos extraer de esta sentencia es que el principio general de unidad y universalidad de la sucesión debe ser matizado, e incluso excepcionado, cuando así lo establezca la norma de conflicto, como ocurre en el artículo 9.8 CC *in fine* con el objeto de coordinar liquidación de régimen económico matrimonial y sucesión, al menos cuando aquél es el designado como supletorio por la norma.

Esta cuestión, que quedará dentro de poco circunscrita al derecho interregional, pues las sucesiones internacionales se registrarán por el Reglamento 650/2012, puede tener especial incidencia en Bizkaia, dónde muchas personas fallecen con una vecindad civil distinta de la que determinó la ley que rige su matrimonio, aspecto que a veces es pasado por alto a la hora de ejecutar su sucesión. Sin perjuicio de que la cada vez mayor movilidad geográfica haga expandirse este problema incluso en territorios en los que no coexisten dos vecindades civiles tan próximamente.

De igual manera, esta sentencia abre la puerta a nuevas interpretaciones del reenvío, problema que seguirá vigente al menos hasta la entrada en vigor del Reglamento 650/2012; nuevas interpretaciones que, como ya hemos visto, se vislumbran en la sentencia de 23 de septiembre de 2002 que obvia la armonía internacional de soluciones a la hora de fallar en materia de reenvío, y se centra únicamente en el principio de unidad de la sucesión para su exclusión. Porque a la luz del reciente fallo, parece que tal principio no es tan firme.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “Los conflictos de leyes en la Ley vasca de 1 de julio de 1992”, en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*. RSBAP, Bilbao 1999.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Barcelona, 1984.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente”, en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*. RSBAP, Bilbao 1999.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Sucesión internacional y reenvío*. Estudios de Deusto. Vol. 55/2.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*. 2 Volúmenes. Comares. Granada 2013.

CASTELLANOS RUIZ, E., *Unidad VS. Pluralidad legal de la sucesión internacional*. Comares. Granada 2001.

CASTELLANOS RUIZ, E., *Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Nº 2/2003.

CELAYA IBARRA, A., *Curso de derecho civil vasco* Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.

FONT I SEGURA, A., “Conflictos internos de leyes en materia sucesoria”, en la obra colectiva *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*. Tomo 2. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L. y RAJOY BREY, E. (Coordinadores). *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*. 2 Tomos. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones*, Revista General de Derecho, núm. 537. 1989.

IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil”, en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*. RSBAP, Bilbao 1999.

IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, en la obra colectiva *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2009.

JADO Y VENTADES, R. *Derecho civil de Vizcaya*. Bilbao, 1923. Reeditada en edición facsímil por la Academia Vasca de Derecho en 2004.

NAVARRO VIÑUELAS, J. M., *Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código civil*, La Notaría 10/1995. Barcelona. Octubre 1995.

OLEAGA ECHEVERRÍA, F.J. de, “Competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para dictar normas sobre conflictos ocasionados por la aplicación de los diferentes derechos en las zonas con diverso derecho”. en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*. RSBAP, Bilbao 1999.

PARRA LUCÁN, M. Á., *Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*. Manuales de Formación Continuada. C.G.P.J. 2008.

PEIRÉ AGUIRRE, J. L., *Una interpretación del artículo 9.8 del Código civil*, La Notaría 09/1998. Barcelona. Septiembre 1998.

SIERRA Y GIL DE LA CUESTA, I. (Coordinador). *Comentario del Código Civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

URRUTIA BADIOLA, A. M., *Código, Compilación y Fuero Civil*. AVD. Bilbao 2013.

ZABALO ESCUDERO, M.E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el derecho internacional privado e interregional*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1993.

ZABALO ESCUDERO, M.E., BRETEGÓN SANZ, C., Y CALATAYUD SIERRA, A., *Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés*. Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza, Noviembre 2000.

Lan-esplotazioa

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

Lanaren eta Gizarte Segurantzaren Zuzenbideko irakasle doktorea, Deustuko Unibertsitatea eta AVD/ZEA Zuzendaritzaren kidea

1. LAN-ESPLOTAZIOARI BURUZKO ZERTZELADA BATZUK

1. Gaur egun, lan-esplotazioaren kontzeptua hedatuta dago gizartean. Hala ere, ez dago berau definitzen duen araurik, ez nazioarte-mailan, ezta Espainiako estatuan ere. Hain zuzen, definiziorik eza hori da arazorik garrantzitsuen eta abiapuntua, giza eskubideak nabarmen urratzen dituen fenomeno horren aurka borrokatzeko. Bada, borroka horrek oinarritu izan behar du lan-esplotazioa prebenitzea, esplotazio hori gauzatzen duten subjektuak pertsegitzea eta esplotazioa jasaten duten biktimak babestea.

Esangura horretan, Diputatuen Kongresuko osoko bilkurak orain-tsu ezetsi berri du Sozialisten parlamentu-taldeak proposatutako lege besteko proposamena, lan-esplotazioaren aurkako plana praktikan jartzeari buruzkoa¹. Aitzitik, proposamen hori irakurrita ez da ondorioztatzen zer ulertu behar den lan-esplotazioaz. Soil-soilik plan hori sustatzeko xedea aipatu da: «lanaldiaren inguruko gehiegikeriak borrokatzea, eta eragingarritasunez nahiz egiatan indartzea lan-denboraren arauak betetzearen inguruan gauzatu beharreko zaintza». Eta, ondore horietarako, planak aintzat hartu beharko lituzkeen ardatz batzuk zehaztu dira².

¹ Ikusi Diputatuen Kongresuko Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala. X. Legealdia, D atala: Orokorra, 2014ko abenduaren 26koa, 584. zk., 7. or.

² Ikusi Diputatuen Kongresuko Gorte Nagusietako Aldizkari Ofiziala. X. Legealdia, D atala: Orokorra, 2014ko azaroaren 28koa, 568. zk., 18-19. orr.

2. Autore batzuek ulertu dute XXI. mendeko lan-esplotazioak bat egiten duela lan duinik ezarekin, hau da, lan prekarioarekin³. Horrenbestez, joera horren arabera, lan-esplotazioak hurrengo egoerak bilduko lituzke bere baitara: lan-ezgonkortasuna, araututako lan- eta gizarte-eskubiderik eza, eta lan-baldintza prekarioak⁴.
3. Lan duinaz hitz egitean nahitaez hartu behar da kontuan LANERen Zuzendari Nagusiak, «Lan Duina» izenburuarekin, aurkeztutako Oroitidazkia, Lanaren Nazioarteko Konferentziaren 87. bileran, 1999ko ekainean, Ginebran⁵. Oroitidazki horren arabera, liberalizazio ekonomikoaren politikak estatuaren, lan-munduaren eta enpresaburuen arteko harremanak hankaz gora jarri eta gero, «gaur egun, LANERen xede nagusia aukerak sutatzea da, gizon eta emakumeek lan duin eta ekoizgarria izan dezaten, berdintasun, zuzentasun, segurtasun eta giza duintasuneko baldintzetan». Beraz, lan duinaz ulertu behar dena zehaztean, nahitaez errespetatu behar dira gutxieneko baldintza horiek.

Baldintza horiek abiapuntu, lan duina dute jomuga LANERen lau xede estrategikoeak, hots, laneko oinarritzko eskubideak sustatzeak, enpleguak, gizarte-babesak eta gizarte-solasak. Azken buruan, lau xede horiek zehazten dute zein modutan susta dezakeen LANEK lan duina.

Edonola ere, beren-beregi aitortu da gizarte bakoitzak bere ideia propioa duela lan duinari buruz. Modu horretara, behin gutxieneko baldintza horiek errespetatuta, lan duina estatu bakoitzaren inguru-

³ Ildo horretatik doa HUESCA GONZÁLEZ, A. "La explotación laboral. Un acercamiento a la situación en España", in VIDAL FERNÁNDEZ, F. (Zuz.), *La exclusión social y el Estado de Bienestar en España*, Barcelona: Icaria Editorial, 2006, 347. or.

⁴ Esangura horretan, HUESCA GONZÁLEZ, A. *op. cit.* 347-348. orr.

⁵ Lan duinaren kontzeptua LANEK erakundetu zuen, bidezko globalizazioa lor dadin justizia sozialaren inguruan emandako Adierazpenean, Lanaren Nazioarteko Konferentziak onetsitakoan, 2008ko ekainaren 10ean, Ginebran, bere 97. bileran (ikusi Hitzaurrea).

barren arabera definitu behar da; are gehiago, sarritan, gizarte bakoitzaren gaitasunek eta garapen-mailak baldintzatzen dute hori⁶.

Gainera, ideia hori indartu du bidezko globalizazioa lor dadin justizia sozialaren inguruan LANEk 2008an emandako Adierazpenak.

Bada, I. atalean, «norainokoa eta printzipioak» izenburupean, xedatu du LANEren lau xede estrategikoak gauzatzeko modua estatu kide bakoitzak zehaztu beharreko kontua dela, nazioarte-mailan bere gain hartu dituen betebeharrekin eta laneko oinarritzko printzipio eta eskubideekin bat etorriz, besteak beste, hurrengoak aintzat hartuz:

- (a) Estatu bakoitzaren baldintza eta inguruabarrak, bai eta enpresaburuak eta langileak ordezkaten dituzten erakundeek adierazitako beharrian eta lehentasunak ere.
- (b) LANEren estatu kideen arteko interdependentzia, elkartasuna eta lankidetzak. Halakoak inoiz baino beharrezkoagoak dira, globalizatutako ekonomiaren testuinguruan.
- (c) Lanaren nazioarteko arauen printzipioak eta xedapenak.

Hain zuzen ere, ezin ahantz daiteke LANEk 1998an emandako Adierazpena, laneko oinarritzko printzipio eta eskubideei buruzkoa, abiapuntu dela nazioarteko komunitate osoarentzat. Hain justu ere, Adierazpen horrek unibertsal gisa hartu dituelako elkartzeko askatasunerako eta sindikatu-askatasunerako eskubideak; negoziazio kolektiborako eskubidea benetan aitortzea, derrigorreko edo nahitaezko lan-mota guztiak ezabatzea; haurren lana benetan abolitzea; eta enpleguan eta okupazioan bereizkeria ezabatzea. Are gehiago, LANEren hurrengo hitzarmenak laneko «oinarritzko arau» gisa kalifikatu dira, «gutxieneko arau» diren heinean banakako nahiz izaera kolektiboko lan-baldintzak garatu eta hobetzeko,

⁶ Horren inguruan ikusi GHAI, D. "Trabajo decente. Concepto e indicadores", in *Revista Internacional del Trabajo*, 62. liburukia, 2. zk., 2003, 125-126. orr.

gizakien laneko eskubideak bermatzeko helburuarekin, kasuan kasuko estatuak duen garapen-maila gorabehera:

- (a) Sindikatu-askatasunari eta sindikatuko kide egiteko eskubidea babesteari buruzko Hitzarmena, 1948 (87. zk.).
 - (b) Sindikatuko kide egiteko eta negoziazio kolektiboko eskubidearen printzipioak aplikatzeari buruzko Hitzarmena, 1949 (87. zk.).
 - (c) Derrigorreko edo nahitaezko lanari buruzko Hitzarmena, 1930 (29. zk.).
 - (d) Derrigorreko lana abolitzeari buruzko Hitzarmena, 1957 (105. zk.).
 - (e) Enpleguan onartzeko gutxieneko adinari buruzko Hitzarmena, 1973 (138. zk.).
 - (f) Haurren lan-modurik makurrenak debekatzeari eta halakoak berehala ezabatzeko ekintzari buruzko Hitzarmena, 1999 (182. zk.).
 - (g) Balio bereko lanarengatik, gizonen eskulana eta emakumeen eskulana berdin ordaintzeari buruzko Hitzarmena, 1951 (100. zk.).
 - (h) Enplegu- eta okupazio-arloko bereizkeriari buruzko Hitzarmena, 1958 (111. zk.).
4. Nolanahi ere, kalterik egin gabe lan duinik ezaren eta lan-esplotazioaren arteko loturari, segurtasun juridikoa dela eta, gehiago zehaztu behar da lan-esplotazioaren edukia. Bestela esanda, lan duina, azaldutakoaren ildotik, printzipio inspiratzaile edo artezkaria baino ez da, lan-esplotazioaz ulertu behar dena zehazteko orduan, gehienbat, horretarako, nazioarteko arautegia hartu behar delako kontuan.

2. LAN-ESPLOTAZIOAREN EDUKIA ZEHAZTEKO GIDA-LE- RROAK ESPAINIAN

5. Espainian, jurisprudentziaren haritik, antzeman daitezke lan-esplotazioaren edukia zehazte aldera lagungarri izan daitezkeen gida-lerro batzuk. Hurrean ere, jurisprudentziaren arabera, lan-esplotazioaren kontzeptua ez dator bat kriminalizatzearekin edo zigortzearekin lan-baldintzen inguruko arau-hauste guztiak, ezpada soil-soilik gizartearentzat onartezinak diren zenbait jokabide, hots, «gizakiak gizakia esplotatzea» eragiten duten delituak. Egin-eginean ere, halako delituek iruzurrezko jokabideak dituzte oinarri, gehienetan, inposaketa, derrigortze, azpijoko edo prozedura maltzurrekin batera doazenak, helburu izanik langileak nahitaez jasan behar izatea bere eskubideen aurkako egoerak⁷. Halaber, adierazi izan da jokabide horiek direla «esplotazio-delitua» eragiten dutenak, hau da, zehatz-mehatz «langilearen giza eta gizarte duintasunaren aurka» doazenak⁸ edo, orokorrean, «giza duintasunaren» aurka⁹.

Azken buruan, saihestu nahi da «gizakien lana merkatu-gai gisa hartzea, inoren esfortzua kontratatzean edo esfortzu horrekin merkataritzako jarduerak gauzatzean, giza duintasunaren oinarritzko printzipioak errespetatu gabe, eta lan-harremanak babestu eta arautzen dituzten xedapenen aurka abusuz jardunez»¹⁰. Era berean, ildo horretatik doa, egoera irregularrean dauden langile atzerritarren esparru zehatzagoan bada ere, Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2009ko ekainaren 18ko 2009/52/EE Zuzentaraua, hirugarren herrialdeetako nazionaleri, halakoak egoera irregularrean dau-

⁷ 1975eko ekainaren 13ko AGE (1975\2867 JB), 4. Kontuan Hartzekoa; 1980ko otsailaren 2ko AGE (1980\429 JB), 1. Kontuan Hartzekoa.

⁸ 1976ko apirilaren 13ko AGE (1976\1624 JB), 4. Kontuan Hartzekoa; 1985eko martxoaren 14ko AGE (1985\1647 JB), 3. Kontuan Hartzekoa.

⁹ 2004ko azaroaren 22ko AGE (2004\8019 JB), 1. Zuzenbideko Oinarria.

¹⁰ 1982ko maiatzaren 18ko AGE (1981\2235 JB), 1. Zuzenbideko Oinarria.

denean, enplegua ematen dietenei aplikagarri zaizkien zehapen eta neurrien gutxieneko arauak ezartzekoa¹¹. Izan ere, zuzentarau horren arabera, «bereziki abusuzko lan-baldintzak dira» eta delitua (ikus 9.1 artikulua) «legearen arabera enplegatutako langileen lan-baldintzak zein izan eta baldintza horiei dagokienez nabari-nabari neurri gabekoak diren lan-baldintzak, sexuan oinarritutako edo beste mota bateko bereizkeriaren ondoriozko baldintzak barne, eta, adibidez, langileen osasunean eta segurtasunean eragina dutenak eta giza duintasunaren aurka doazenak» (ikus 2.i artikulua).

Horrenbestez, «esplotazio» hitzak egoera zehatzari astuntasuna eragiten dio, hau da, esplotazioaz mintzatzeko lan-eskubideak zeharo neurritz kanpo ukitu behar dira. Halaber, ukitutako eskubideen edukia dela eta, mailaketa posible bada, delitu-izaera ez zaio lotu behar ukitutako eskubide zehatzari, ezpada ukitzearen norainokoari¹².

Labur-zurrean esanda, «lan-esplotazioa» ez-zilegi penalen esparruan gauzatu behar da bakarrik, eta ez da posible lan-esplotazioaz hitz egitea lan-eskubideak ez betetzeak ez duenean gainditzen administrazio-izaerako ez-zilegia¹³. Horrenbestez, argi dago «lan-esplotazioaz» ulertu beharrekoa Zigor Kodera biltzen dela eta ez abuztuaren 4ko 5/2000 Legegintzazko Errege Dekretura, Lan-arloko Arau-hauste eta Zehapenei buruzko Legearen testu bateginera¹⁴; apirilaren 12ko 7/2007 Legea, Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutura¹⁵; edo urtarrilaren 11ko 4/2000 Lege Organikora, atze-

¹¹ 2009ko ekainaren 30eko EBAO, L 168.

¹² PASTOR SANTIAGO, I. "Derecho penal o derecho laboral? Problemática del art. 311.1º del Código Penal", in *Revista Técnico Laboral*, 138. zk, 2013, 471-472 orr.

¹³ Esangura horretan, ikusi CORREA CARRASCO, M. "Los derechos de los trabajadores extranjeros y su protección penal", in *Revista de Derecho Social*, 67. zk., 2014, 52. or.

¹⁴ 2000ko abuztuaren 8ko EAO, 189. zk.

¹⁵ 2007ko apirilaren 13ko EAO, 89. zk.

rritarrek Espainian dituzten Eskubide eta Askatasunei buruzkora, eta atzerritar horiek gizarteratzeari buruzkora¹⁶.

3. LAN-ESPLOTAZIOAREN AGERPENAK ZIGOR KODEAN

6. Zigor Koderak bildu arren, «lan-esplotazio» kontzeptua polisemikoa da, adiera desberdinak baititu, pertsonaren duintasuna ukitzeari dagokionez dituen maila desberdinengatik.
7. Gainera, kontzeptuak dituen adiera desberdinak aztertzeari ekin aurretik, berau hobeto uler dadin, zehaztu behar da «lan-esplotazio» kontzeptua ez dela identifikatu behar soil-soilik legezketasunetik kanpo ekoizpen-xedea duten jokabideekin, halakoen egileak aprobeztamendu ekonomikoa duenean helburu, biktimen lan-eskubideak zapaltzea izanik lan- edo gizarte-kostuak murrizteko estrategia.

Egin-eginean ere, orain arte, gehienbat, esplotazioaren ikuspuntu ekonomikoa nagusitu bada ere¹⁷, gaur egun nabarmendu behar da «lan-esplotazioa» eragin dezaketela, berebat, ekoizpen- edo ekonomia-interes orotatik at, langilea zehatu edo lardieriatzeko xedearekin behin eta berriro lan-eskubideak urratzen dituzten jokabideekin konparazio baterako, errepresalia gisa, salaketa baten nahiz errebindikazio-jarrera batengatik, edo sexu-pretentsioren baten aurrean ez egiteagatik. Bestela esanda, posible da «lan-esplotazioak»

¹⁶ 2000ko urtarrilaren 12ko EAO, 10. zk.

¹⁷ CORREA CARRASCO, M., *op. cit.*, 52-53. orr. Ekoizpen-esparrutik irten gabe ere, ezin ahantz daiteke, Elizaren Doktrina Sozialak gogorarazi bezala, lanaren eta kapitalaren arteko harremanetan, «gaur egun, gatazkak inguruabar berriak dituela eta, beharbada, kezkarriagoak: aurrerakuntza zientifiko eta teknologikoen eta merkatuak globalizatzeak, berez garapen- eta aurrerapen-iturri izanik ere, langileak jartzen dituzte ekonomiaren makineriak eta mugarik gabeko ekoizgarritasunak eragindako esplotazioa pairatzeko arriskuan» (PONTIFICIO CONSEJO. «Justicia y Paz. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Madril: Biblioteca de Autores Cristianos, 2012, 143. or.).

xede ez izatea «esplotazio ekonomikorik», eta, alderantziz, oinarri izatea beste arrazoiren bat¹⁸.

8. Behin kontzeptuaren inguruko ñabardura eginda, eta «lan-esplotazioaren» gaineko ikuspuntu zabala abiapuntu izanda, beharrezkoa da kontuan hartzea izan badirela «lan-mota berrietan ageri diren esplotazio-motak ere, beste era batekoak eta antzemateko askoz ere gaitzagoak direnak»¹⁹. Juan Pablo II.a Aita Santuak adierazi bezala, «lana alienatzailea da, orobat, berau antolatzeke moduaren ondorioz, lana helburu bakar eta fenomeno isolatu bihurtzen denean, pertsonen arteko harremanak hautsi eta elkarrekiko erabateko lehia eta bazterketa sortuz, lan-munduan pertsona jomuga izateari utzi eta baliabide huts bihurtzeraino»²⁰.

Horregatik, «lan-esplotazioa» gauza daiteke kualifikaziorik gutxieneko lanetan, non, gehienetan, esplotazioak ekonomia- edo ekoizpen-xedea izango duen, baina, baita lan intelektualetan ere, non nagusi izango diren langileen jakitateak, sortze-gaitasuna edo ekintzaile-izaera. Bada, ezerk ez du eragozten xede ekonomikoetatik haratago joan eta xede desberdinak izan ditzakeen bestelako «esplotazio» hori lan intelektualetan ere gauzatzea. Halatan, bestelako «es-

¹⁸ «Lan-esplotazioaren» kontzeptua «esplotazio ekonomikotik» haratago doazen jokabideei hedatzearen inguruan, ikusi POMARES CINTA, E. *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2013, 28-30. orr. eta 57-58 orr. Esangura horretan, adierazgarri da oso Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2003ko abenduaren 23ko Epaia (AS 2003\4176). Hurrean ere, jazarpen moraleko kasuetan, «langileari kalte egiteko arrazoia bere pertsonalitatea ahultzea dela» esan ondoren, adierazten da halako kasuetan «enpresaren antolaketa-interesa ez dela jokabidearen arrazoi nagusia, argi baitago horren kontra doala lan-tokian giro txarra sortzea, bai eta langilea behartzea ere, alferrikako, gauzatu ezinako edo errepikakorrek diren zereginak gauzatzera» (3. Zuzenbideko Oinarria).

¹⁹ PONTIFICIO CONSEJO. «Justicia y Paz. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2012, 143. or.

²⁰ *Centesimus Annus* Gutun Entziklika 1991, IV. kapitulua, 41 atala.

plotazio» horrek xede izan dezake, esaterako, hurkoa ezabatzea, lan-ikuspuntutik jakina, edo sexu-izaerako harremanak izatea.

9. Alabaina, badago egin beharreko azken ñabardura bat ere. Hartara, gaur egun askotarikoak direnez zerbitzuak emateko moduak, alokairuko lanak, alegia, lan-kontratuak araututakoak, garai batean zuen erabateko nagusitasuna galdu du. Horrenbestez, «lan-esplotazioa», eskuarki, lan-kontratura bildu diren edo bildu beharko liratekeen lan-harremanei lotu bazaie ere, gaur egun, posible da berau gauzatzea Administrazio publikoen esparruan, enplegatu publiko desberdinei begira (ikus 7/2007 Legearen 8. artikulua), langile autonomoen zerbitzu-emateetan, eta, bereziki, ekonomia-mendekotasuna duten langile autonomoen zerbitzu-emateetan (ikus uztailaren 11ko 20/2007 Legea, Langile Autonomoaren Estatutuari buruzkoa²¹), kooperatibetako langile bazkideen zerbitzu-emateetan, boluntarioen eta kooperanteen zerbitzu-emateetan edo zenbait bekadunen zerbitzu-emateetan. Azken buruan, jurisprudentziak ezarria du, langileen aurkako delituei erreparatzean, «ondore penaltarako langile kontzeptua esangura zabalean ulertu behar dela, bere baitara bilduz Langileen Estatutuak 1.1 eta 2 artikuluetan aipatu dituen langileak ez direnak ere...»²².

Are gehiago, legezkotasunetik kanpoko zerbitzu-emateetan ere (prostituzioan aritzea, kasu), «lan-esplotazioa» alega daiteke. Izan ere, jurisprudentziak aspalditik dioenaren haritik, «hala ez balitz, arau-hauslearentzat mesedegarri litzateke egoera, eta horrek ez du inolako oinarririk, ez baitu zentzurik gizartean araututako jarduera batean enparauak kontratatu eta esplotatzen dituen (lan- nahiz

²¹ 2007ko uztailaren 12ko EAO, 166. zk.

²² Ikusi 2004ko azaroaren 22ko AGE (2004\8019 JB), 1. Zuzenbideko Oinarria, hurrengo epaiak ere aipatuz: 2003ko maiatzaren 30eko AGE (2003\4390 JB) eta 2003ko urtarrilaren 30eko AGE (2003\2027 JB).

zigor-zuzenbidearen ikuspuntutik) inputatu ahal izatea... eta ezinezkoa izatea inputatzea baldintza berberetan esplotatzaile dena, edozein zerbitzu-errendamenduren bidez kontratatutako lan-harremanetako egitekoa arautu gabe egoteagatik, edo arautu ezina izateagatik, dituen inguruabarregatik (duintasunaren, ohorearen eta abarren aurkakoak izateagatik)»²³.

10. Hori guztiori zehaztu ondoren, jarraian, «lan-esplotazioak» Zigor Kodean dituen agerpenak sailkatuko dira. Horrela, lehendabizi, pertsonaren duintasuna gehien ukitzen duten agerpenak aztertuko dira. Halakoetan, langilearen lan egiteko askatasuna urratzen da, langile-izaera ezartzen zaiolako langile izan nahi ez duenari. Bigarrenik, pertsonaren duintasuna gutxiago ukitzen duten agerpenak aztertuko dira. Halakoetan, langileari lan-baldintza edo egoera ez-zilegiak ezartzen zaizkio, baina zerbitzu-emateak badu zerbitzu-emailearen edo langilearen (esangura zabalean) adostasuna. Hori gorabehera, agerpen horiek guztiak Zigor Kodean barreiatuta daude. Horregatik, *lege ferenda*, proposatzen da, etorkizunearn, agerpen horiek guztiak titulu berera jasotzea, hots, «lan-esplotazioari» buruzkora.

3.1. «Lan-esplotazioa» lan egiteko askatasuna urratzearen agerpen gisa

11. «Lan-esplotazioa» ulertzeko modu horren agerpenak jaso dira 177 bis artikuluan, gizakiak trafikatzeari buruzko delitua tipifikatze-koan. Zehatzago, agerpen horiek antzematen dira delitu horren xedeari buruzko osagaietan. Bada, gizakiak trafikatu behar dira,

²³ 2006ko ekainaren 5eko AGE (2006\6296 JB), 3. Zuzenbideko Oinarria. Esangura horretan, 1991ko apirilaren 12ko AGEk (1991\2704 JB) adierazi zuen halako kasuetan Zigor Kodeak «ez dituela babesten formaren aldetik baliagarri den lan-kontratuaren ondoreak, baizik eta beste pertsona batentzat zerbitzuak ematen dituzten pertsonen egoerak». Izan ere, hala ez balitz, babes gutxien duenak jasan beharko lituzke babesik ezaren ondoreak ere» (6. Zuzenbideko Oinarria).

besteak beste, hurrengo xedeekin: derrigorreko lana edo zerbitzuak, esklabotasuna edo esklabotzaren antzeko eginerak, joputza edo eskekotasuna ezartzea.

Ez dago zalantzarik halakoak «lan-esplotazioaren» agerpentzat jotzeko²⁴. Aitzitik, agerpenok definitzea da arazorik handiena. Gogorazi behar da gizakiak trafikatzeari buruzko delitua burutzen dela akzio tipikoa gauzatu ondoren, aintzat hartu gabe «lan-esplotazioa» eragiten duen egoera zehatza gauzatu den ala ez²⁵. Beraz, arazoa sortzen da «lan-esplotazioa» ere gauzatzen denean. Egin-eginean ere, Zigor Kodeak eskekotasun- eta esklabotza-delituak baino ez ditu tipifikatu, eta, kasu horietan ere, tipifikazioak ez du ondo bat egiten «lan-esplotazioaren» ideiarekin.

12. Horrela, eskekotasunari dagokionez, 232. artikulua adingabeekin edo ezgaien eskekotasuna baino ez du tipifikatu, eta ez du definitu zer ulertu behar den jokabide horren inguruan.

Hala eta guztiz ere, definiziorik eza hori konpontzeko kontuan hartu behar da 2011ko apirilaren 5eko Europako Parlamentuaren eta Kontseiluaren 2011/36/EB Zuzentaraua, gizakiekin trafikatzeari eta borrokatzeari eta biktimak babesteari buruzkoa, Kontseiluaren 2002/629/JAI Esparru-erabakia ordeztzekoa²⁶. Horren arabera, eskekotasuna derrigorreko lan- edo zerbitzu-mota gisa hartzen da, 1930eko LANERen 29. Hitzarmenak, derrigo-

²⁴ Ikusi «lan-esplotazioa» kontzeptuaren inguruan jaso den definizioa OSCEren *Ending exploitation. Ensuring that Businesses do not contribute to trafficking in human beings: duties of states and the private sector* agiriko glosarioan, 2014, 7. or.

²⁵ Ikusi MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J. eta MANRIQUE ROJO, F. “Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation in Spain”, in RIJKEN, C (Dir.), *Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*, Nijmegen (The Netherlands): Wolf Legal Publishers, 2011, 289. or.

²⁶ 2011ko apirilaren 15eko EBAO, L 101.

rreko edo nahitaezko lanari buruzkoak, ezarritakoaren ildotik (ikusi 11. Kontuan Hartzekoa eta 2.3 artikulua).

13. Esklabotza gizateriaren aurkako delitu gisa tipifikatu da 607 bis. 2.10 artikuluan, hurrengo definizioarekin, eta 1926ko irailaren 25eko Nazio Batuetako Esklabotzari buruzko Konbentzioak ezarritakoarekin bat etorritik (ikusi 1.1 artikulua): «norbaiten egoera esklabotasuna dela ulertuko da, baldin eta beste inork, baita egitez ere, jabetza-eskubidearen ezaugarri guztiak edo batzuk erabiltzen baditu haren aurka, adibidez, hura erosi, saldu edo maileguan nahiz trukean ematea».

Nolanahi ere, gizateriaren aurkako delituen ezaugarri da «biztanleria zibilaren edo horren zati baten aurkako eraso orokor edo sistematikoa» (ikusi Zigor Kodearen 607 bis 1). Hori gorabehera, «lan-esplotazioaren» ondoretarako ulertu behar da esklabotasunak berarekin ekarri behar duela biktimaren gainean «benetako edukitza-harremanak egikaritzea»²⁷, hau da, «delitugilea modu ez-zilegian jabetzea biktimak egindako lanaren balioarekin eta delitugileak biktimari pertsona-izaera kentzea, biktima une oro egon behar izateagatik delitugilearen esanetara; delitugileak jardun behar du biktimaren jabea bailitzan, bere gainean xedatze-eskubidea izango balu bezala»²⁸.

14. Gainerako jokabideei dagokienez, nazioarteko arautegia hartu behar da kontuan²⁹. Horrela, «esklabotzaren antzeko eginerak» jasotzen dira 1956ko irailaren 7ko Nazio Batuen Esklabotza Abolitzeaz, Esklaboekin Trafikatzeaz eta Esklabotzaren antzeko Erakunde eta Eginerei buruzko Konbentzio Osagarrian (ikusi 1. artikulua).

²⁷ PÉREZ ALONSO, E.J. *Tráfico de personas en inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valentzia: Tirant lo Blanch, 2008, 63.or.

²⁸ POMARES CINTA, E. *op. cit.* 130. or.

«Joputzari» helduz, nahiz eta nazioarteko legerian berau esanbidez ez definitu, ulertu behar da «esklabotzaren antzeko eginerak» «joputza-motak» direla.

Amaitzeko, «derrigorreko lana edo zerbitzuak» ulertu behar dira 1930eko LANEren 29. Hitzarmenak, derrigorreko edo nahitaezko lanari buruzkoak, «derrigorreko lanaren» inguruan jasotako definizioarekin bat etorriz. Bestela esanda, «derrigorreko edo nahitaezko lan esapideak bere baitan hartzen du norbanako bati edozein zigorren mehatxupearan galdatutako lan edo zerbitzu oro, norbanako horren borondatearen aurka» (1.1 artikulua).

3.2. «Lan-esplotazioa» lan-baldintza edo egoera ez-zilegiak ezartzearen agerpen gisa

15. «Lan-esplotazioa» ulertzeko modu horren agerpenak jaso dira «langileen eskubideen aurkako delituetan» (ikus 311-318. artikulua), bai eta «laneko jazarpenaren» edo «laneko jazarpen moralaren» arauketan (ikus 173.1 artikulua) eta «sexu-jazarpenaren» arauketan (ikus 184. artikulua) ere. Eta zeharka bada ere lan-eskubideak uki ditzaketenez, «lan-esplotazioaren» agerpentzat jo daitezke Gizarte Segurantzaren aurkako delitu batzuk ere (ikus 307 eta 307 bis artikulua)³⁰.
16. «Langileen eskubideen aurkako delituei» dagokienez, 311.1 artikulua da izenburu horretan tipifikatutako delitu guztien «oinarrizko erakundea» edo «delitu orokorra». Hori dela eta, gainerako delituekin duen lotura orokorretik berezira doa, ondorio tipikoei dagokienez. Hortaz, 311.1 artikuluan jasotako delituaren eta

²⁹ Hori berori ondorioztatzen da NBEren *Pertsonak Trafikatzearen aurkako Protokolo Osoaren Ohar-gidatik*, 12-13. orr.

³⁰ CORREA CARRASCO, M., *op. cit.*, p. 52.

gainerako delituen arteko lotura ez da oinarritzko tipoaren eta tipo astundu edo pribilegiatuen artean sortu ohi dena³¹. Zehatzago, 311.1 artikuluko delitua ari da langileei ezartzeaz lege-xedapenetan, hitzarmen kolektiboetan edo banakako kontratuetan zein eskubide izan aitortuta eta eskubide horiek kaltetu, ezabatu edo murrizten dituzten laneko edo Gizarte Segurantzako baldintzak. Edonola ere, delitua egiteko osagai hori nahitaez gauzatu behar da osagai instrumental zehatzen bidez, hots, «engainuaren» bidez edo «beharrizan-egoeraz abusatuta»³², kalterik egin gabe zigorra asuntzeari, aipatu baldintzak ezartzen direnean «indarkeria» edo «larteria» baliatuta.

311.2 artikulua zigortzen ditu aldi berean langile-kopuru jakin bat enplegatzeko dutenak —langile-kopuru hori enpresako edo lantokiko plantillaren arabera zehaztu da—, langile horien alta Gizarte Segurantzari komunikatu gabe edo, hala denean, langile horiek lan egiteko kasuan kasuko baimenik lortu gabe. Bada, kasu horretan, badirudi ezkutuan edo adierazi gabe lanean diharduen langile-kopuruarengatik aplikatzen dela zigor-zuzenbidea, hots, inguruabar horrek sortzen duela zigor-zuzenbidea aplikatzeko beharrezkoa den «aparteko arau-urratzea»³³.

Bestalde, 312.2 artikulua, bigarren tartekaduran, eta 311.1 artikuluko delitua egiteko aipatu berri den osagai abiapuntu —nahiz eta horri begira terminologia aldetik aldarazpen batzuk egin—, zigor handiagoko tipo berezi edo espezifikoa jaso du, aplikagarri

³¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *El delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 del Código Penal en el marco del Derecho penal del trabajo*. Zizur Txikia: Aranzadi, 2008, 68. or.

³² HORREN INGURUAN IKUSI ORTUBAY FUENTES, M. *Tutela de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal*. Bilbo: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, 342 eta 364. orr.

³³ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “El Derecho penal como instrumento de lucha contra el empleo sumergido”, in *Revista Técnico Laboral*, 141. zk., 2014, 344. or.

dena subjektu pasiboa lan-baimenik gabeko atzerritarra denean bakarrik³⁴. Dena den, kontuan harturik lan-baimenik gabeko atzerritarren babesgabetasun handiagoa, ez da behar delitua egitea engainuaren bidez edo beharizan-egoeraz abusatuta.

Gainera, 312. artikuluko 1. paragrafoak eta 2. paragrafoko lehen tartekadurak tipifikatu dute, hurrenez hurren, lan-eskua legearen aurka trafikatzeko eta engainuzkoak edo faltsuak diren lan-baldintzak edo enplegua eskaintzea.

313. artikulua lege-maulaz egindako migrazioez ari da, kontratua edo kolokazioa badela itxura eginez, edota horren antzeko beste engainuren bat erabiliz, emigrazioa faboratzen dutenak zigortuz

314. artikulua zehatu du tipifikatu dituen arrazoiengatik bereizkeria larria enpleguan, betiere, subjektu aktiboak administrazio-agindei edo -zehapenaren ondoren, legearen aurreko berdintasun-egoera berrezartzen ez badu, horrek ondorioztatu dituen kalte ekonomikoak konponduz.

315. artikulua arautu ditu sindikatu-askatasunaren eta greba-eskubidearen aurkako delituak. Batetik, tipifikatu ditu sindikatu-askatasuna edo greba-eskubidea egikaritzea eragozten edo murrizten dituzten jokabideak, betiere, halakoak gauzatzen badira engainuaren bidez edo beharizan-egoeraz abusatuta, kalterik egin gabe zigorra astuntzeari, jokabide horiek egiten direnean indarra, indarkeria edo larderia erabiliz. Bestetik, tipifikatu du dela taldeka, dela bakarka, baina beste batzuekin ados egonik, beste pertsona batzuk derrigortzea greba bat hasteko edo jarraitzeko.

316 eta 317. artikulua ari dira langileen segurtasunaren eta osasunaren aurkako delituez. Bada, halako delituez mintzatzeko lan-

³⁴ Horren inguruan ikusi MANRIQUE LÓPEZ, F., ARRIETA IDIAKEZ, F.J. eta MANRIQUE ROJO, F. *op. cit.* 293-295. orr.

gileen bizitza, osasuna edo osotasun fisikoa arrisku larrian jarri behar dute, laneko arriskuak prebenitzeko arauak hausteagatik, legez betebeharra izanik, beharrezko bideak erraztu ez dituztenek, langileek euren jarduera egikari dezaten segurtasun eta higieneko neurri egokiekin.

17. «Langileen eskubideen aurkako delituez» landa, 173.1 artikulua «laneko jazarpen» bertikala tipifikatu du; izan ere, artikulua horren arabera, jazarzailea nahitaez baliatu behar da nagusitasun-harremanez. Halaber, beharrezkoa da behin eta berriro etsaitasuneko edo iraineko ekintzak gauzatzea, tratu apalesgarriak eratu ez baina biktimaren aurkako jazarpen larria eragiten dutenak.

Bestalde, 184. artikulua «sexu-jazarpena» tipifikatu du. Hartara, «sexu-jazarpenaz» ulertu behar da norbaitek berarentzat edo beste batentzat sexu-mesedeak eskatzea, laneko, irakaskuntzako edo zerbitzu-eskaintzako harreman jarraitu edo ohikoen esparruan, betiere, jokabide horrekin biktima jartzen bada larderiakoa, etsaitasunekoa edo apalesgarria den egoera objektibo eta larrian.

Azkenik, 307 artikulua Gizarte Segurantzari iruzur egiteaz ari da, Gizarte Segurantzako kuota eta horrekin batera biltzen diren kontzeptuak (Alokairuak Bermatzeko Funtsa —ALBEFU— eta lanbide-prestakuntza) ez ordaintzeagatik, betiere, ordaindu gabeko kuota edo kontzeptu horiek 50.000 euro gaintzen badute, eta kalterik egin gabe zigorra astuntzeari, 307 bis artikuluko ingurua-barrak daudenean.

Crónica de una década de defensa del Concierto Económico vasco. 2004-2014

JOSE LUIS ETXEBERRIA MONASTERIO

Letrado Jefe Diputación Foral de Bizkaia

El 9 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo del Reino de España dictó una sentencia que estimaba un recurso de la Federación Empresarios de la Rioja y que laminaba los contenidos del Concierto Económico y que negaba la capacidad de los Territorios Forales Vascos para poder regular el Impuesto de Sociedades de forma diferente al Estado, aduciendo, entre otros motivos, que estas medidas eran *Ayudas de Estado* y por lo tanto contrarias al Tratado de la Unión Europea.

Por lo tanto, a principios del año 2005, la autonomía normativa reconocida en la Ley del Concierto Económico era papel mojado. El Tribunal Supremo había vaciado el Concierto Económico y roto el régimen paccionado que garantizaba la Disposición Adicional Primera de la Constitución. El Tribunal Supremo había terminado con el pacto estatutario con una sentencia involucionista. El Concierto y los cimientos de la autonomía vasca estaban heridos de muerte.

Fue en esa situación, con todo perdido, cuando desde la Diputación Foral de Bizkaia, ya presidida, como ahora, por Jose Luis Bilbao Eguren, en el ámbito institucional iniciamos dos vías complementarias para intentar recuperar el valor jurídico-político del Concierto Económico y las competencias que la sentencia del Tribunal Supremo había laminado.

- a) Por un lado, impulsamos y apoyamos la presentación de una “cuestión prejudicial” ante el Tribunal de la Unión Europea de Lu-

xemburgo para que decidiera si dentro de un estado miembro podían existir regímenes fiscales diferentes. Al final ganamos en Luxemburgo. Se reconoció el encaje del Concierto Económico vasco en el ámbito del Derecho Europeo confirmado por Sentencia TJUE de 11 septiembre de 2008, pues goza de: (i) autonomía institucional recogida en la Constitución española y en el EAPV; (ii) de autonomía procedimental, pues el Estado no dispone de derecho de veto y; (iii) de autonomía económica pues el Estado no compensa en virtud de la asunción del riesgo de la recaudación por las Instituciones Forales- Juntas Generales y Diputaciones Forales.

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/122847/sentencia-tjce-de-11-de-septiembre-de-2008-ce-competencias-del-pais-vasco-tipo-impositivo-del>

b) Por otro lado, desde la Diputación Foral de Bizkaia tuvimos la osadía de emprender un largo camino institucional para cambiar dos Leyes Orgánicas, la del Tribunal Constitucional y la del Poder Judicial; y también la Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el fin de conseguir que las Normas Forales reguladoras de los tributos concertados de normativa autónoma no estuvieran sujetas al control de legalidad ante los tribunales ordinarios. Propuesta de la Diputación a las Juntas Generales de Bizkaia. Propuesta elevada al Parlamento Vasco y Proposición de Ley presentada a las Cortes Generales.

Al final se consiguió la aprobación de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, recurrida ante el TC por el Gobierno y Asamblea de la Comunidad de la Rioja, y por el Gobierno y Asamblea de la Comunidad de Castilla León. Sobre ello una breve Nota sobre recursos de inconstitucionalidad contra la Ley ... Orgánica 1-2010.

http://www.forulege.com/dokumentuak/Nota_Recurso_inconstitucionalidad_contra_Ley_organica_1-2010_llamada_del_Blindaje_del%20Concierto_Economico.pdf

1º En enero 2005 se nos notificó sts 9-12-2004 que laminaba el Concierto Economico

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1619262&links=&optimize=20050217&publicinterface=true>

2º el 11 S 2008 (fecha facil recordar) el TJUE reconocía el Concierto en Union Europea

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/122847/sentencia-tjce-de-11-de-septiembre-de-2008-ce-competencias-del-pais-vasco-tipo-impositivo-del>

3º por LO 1-2010 se aprobaba blindaje NNFF tributarias. Esperemos TC desestime recurso de Rioja y Castilla Leon

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2010.html

4º el TS reconocia y acataba sentencia TJUE de 11 S- 2008 y dictaba sentencias desestimando recursos de Rioja y Castilla y León

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/221874/sentencia-ts-sala-3-de-27-de-noviembre-de-2013-concierto-economico-del-pais-vasco-legalidad-d>

<http://alweb.ehu.es/ituna/bloga/?p=9563>

5º Tras no poder suspender DFN 2-2013, recurrida ante TC, se publica Ley 7-14 reforma Concierto Economico, aprobada bilateralmente en Comisión Mixta Concierto Económico...

Ley 12/2002, de 23 de mayo, Concierto Económico (TEXTO CONSOLIDADO 22-4-14 Ley 7/2014, de 21 de abril. Ref. BOE-A-2014-4284.)

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-9969>

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAPHY

Novedades bibliográficas de la Academia / Akademiaren argitalpen berriak



9-1-2014

Título/Izenburua: *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar. Kultura juridiko baten historia*

Autor/Egilea: Peter G. STEIN

Edición e introducción/Argitarazlea eta atarikoak:

Andres Urrutia Badiola

Traductores/Itzultzaileak: Eba Gaminde Egia;

Andres Urrutia Badiola; Esther Urrutia Idoiaga

Colección Abeurrea Bilduma, 11.

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2013.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 170.

La *Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia* ha publicado en su colección *Abeurrea* de historia y pensamiento, la versión en euskera del ensayo, ya clásico en el panorama europeo, del profesor de la Universidad de Cambridge Peter Stein. Dentro de su bibliografía, destaca este *Roman Law in European History* (1999) que ha tenido traducción a otras lenguas europeas tales como el alemán, el francés o el castellano. Su

Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia elkarrekin *Abeurrea* bilduman euskaraz argitaratu du, Peter Stein, Cambridgeko Unibertsitatearen irakasleak ondutako saiakera klasikoa: *Roman Law in European History* (1999). Izan ere, testu horiek izan ditu aurretiazko itzulpenak, Europako hizkuntza anitzetan: alemana, frantsesa eta gaztelania. Honen edukia, zuzenbidekoa ez eze, historia eta erakunde mailakoa ere bada, argi erakusten

contenido excede de lo puramente jurídico para plantear, desde un punto de vista histórico e institucional, el papel del derecho romano en la construcción jurídica de Europa, en la que ha sido y es un elemento determinante.

La versión en euskera se ha realizado por un equipo de profesores de la Universidad de Deusto, compuesto por Eba Gaminde, Esther Urrutia y Andrés Urrutia, quien además ha realizado la edición y revisión del texto y la presentación del mismo, con un prólogo en el que efectúa una reflexión sobre el derecho romano desde la perspectiva de los diferentes territorios forales vascos y la interrelación entre derecho romano, Derecho foral vasco y las lenguas latina, vasca y las romances circundantes. El euskera utilizado es el resultado de una larga experiencia de los autores como traductores de textos jurídicos, intentado crear un registro que sea asequible al lector culto euskaldun y a la vez, válido para expresar el mundo del derecho.

baitu Zuzenbide Erromatarraren zeregina Europako osieran.

Euskarazko testua prestatu du Deustuko Unibertsitatearen talde batek, bertan Eba Gaminde, Esther Urrutia eta Andres Urrutia aritu direla. Azken honek, bestalde, argitarazle lanak egin ditu eta atarikoa ere egin dio testuari, Euskal Herriko herrialdeen ikuspegitik aztertuz Zuzenbide Erromatarraren zeregina, euskal eta Gaztelako zuzenbidearekin batera. Azterketak, orobat, latina, erromantzeak eta euskara hizkuntzak barneratzen ditu, zuzenbidearen ikuspegitik. Horretarako erabili den euskara, urte askoren emaitza izan da, testua itzuli dutenak aspalditik ari baitira itzulpengintza juridikoan. Hartara, euren ahaleginak zuzendu dira, batetik, euskaldun ikasiari testua irakurgarri egitera eta bestetik, zuzenbidearen mundua euskaraz egoki eta artez adieraztera.



5-3-2014

Título/Izenburua: *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*

Autor/Egilea: Andrés URRUTIA BADIOLA

Colección Abeurrea Bilduma, 12.

Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2013.

Número de páginas/Orrialde kopurua: 322 + DVD (Apéndice documental).

La Academia Vasca de Derecho presentó el pasado miércoles, día 5 de marzo, en la sede del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y con su colaboración, el libro *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, escrito por don Andrés María Urrutia Badiola, notario y vicepresidente de la Academia. Acompañaron al autor don Juan Luis Ibarra Robles, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, don Mario Martínez de Butrón Martínez, Decano del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y miembro de la Junta Directiva de la Academia; y don Adrian Celaya Ibarra, Presidente de la Academia.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak pasa den asteazkenean, martxoaren 5ean, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren egoitzan *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)* liburua aurkeztu zuen. Liburu horren egilea Andrés María Urrutia Badiola jauna da, notario eta Akademiaren buruordea. Aurkezpen-ekitaldian Juan Luis Ibarra Robles jauna, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiko presidentea, Mario Martínez de Butrón Martínez jauna, Euskal Herriko Notario Elkargoaren Dekanoa eta Akademiaren zuzendaritza kidea eta Adrian Celaya Ibarra jauna, Akademiaren burua izan ziren.



11-12-2014

Título/Izenburua: *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*
Autor/Egilea: Jesús-Javier FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ
Prólogo/Hitzaurrea: Andres Urrutia Badiola
Lanbideak Bilduma, 3.
Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2014.
Número de páginas/Orrialde kopurua: 368.



11-12-2014

Título/Izenburua: *Diccionario Terminológico de Derecho civil foral vasco. Con equivalencias en lengua francesa y en lengua vasca*
Autor/Egilea: Andres URRUTIA BADIOLA
Lanbideak Bilduma, 4.
Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia, 2014.
Número de páginas/Orrialde kopurua: 219.

La Academia Vasca de Derecho y el Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia presentaron el pasado jueves, 11 de diciembre, en el Salón Azul de la sede del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Biz-

Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuaren Euskal Herriko Foru-Zuzenbide Zibila Ikertzeko Taldeak pasa den ostegunean, abenduaren 11n, Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuaren egoitzan, *Salón Azul* izene-

kaia los libros “*Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*”, escrito por don Jesús Javier Fernández de Bilbao y Paz, y “*Diccionario terminológico de Derecho Civil Foral Vasco*”, escrito por don Andrés M^a Urrutia Badiola, que son los números 3 y 4 de la colección *Lanbideak Bilduma* de la Academia Vasca de Derecho.

ko aretoan, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren *Lanbideak Bildumaren* 3 eta 4 zenbakiak aurkeztu zituzten, “*Manual Práctico de Derecho Civil Vasco*”, Jesús Javier Fernández de Bilbao y Paz jaunak idatzia eta “*Diccionario terminológico del Derecho Civil Foral Vasco*”, Andrés M^a Urrutia Badiola jaunak idatzia.

NOTICIAS DE LA ACADEMIA
AKADEMIAREN ALBISTEAK

Decimotercera jornada práctica sobre el Derecho civil foral del País Vasco

(27 de noviembre de 2014)

La Jurisprudencia Civil Foral Vasca

ALKAIN ORIBE MENDIZABAL

Letrada y Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA.

Grupo de Estudios de Derecho Civil Foral del Colegio de Abogados de Bizkaia

De nuevo, un año más (y ya son trece), es un honor ofrecer la crónica de la jornada práctica que se celebra en el Colegio de Abogados de Bizkaia sobre Derecho Civil Foral del País Vasco auspiciada por la colaboración de la Academia con el Grupo de Estudios. La temática de este año, Jurisprudencia Civil Foral Vasca, resulta de lo más apropiada no sólo porque las sentencias son el máximo exponente de la aplicación de un derecho sino porque coincide, además, con el XXV aniversario del más alto tribunal de la Comunidad Autónoma, el TSJPV.

La apertura y salutación inicial corrió a cargo de don Carlos Fuente-
nebro, Decano del ICASV, quien dio paso a don Javier Muguruza, Abogado
y Tesorero de la AVD, que recordó la perfecta simbiosis entre la Academia
y el Grupo de Estudios del Colegio y excusó la presencia de nuestro pre-
sidente, don Adrián Celaya, a quien tuvimos todos presente. Don Xabier
Unanue, Director del Desarrollo Legislativo y Control Normativo del Go-
bierno Vasco, a su vez, disculpó la ausencia del Consejero de Justicia y alabó
el acierto sobre la temática de las jornadas dada la función integradora de
la jurisprudencia. Finalmente, don Juan Luis Ibarra, Presidente del Tribunal

Superior de Justicia del País Vasco, finalizó esta apertura glosando la labor del TSJ como punto culminante del organigrama judicial de la Comunidad y como sede de casación civil propio y segunda instancia, y destacando su papel como eficaz proyección territorial de la vertebración de los poderes públicos del estado. Aprovechó para anunciar la exitosa acogida entre los jueces y magistrados de la CAV del curso de Derecho Civil del País Vasco que se impartirá bajo la supervisión de la UPV y la Universidad de Deusto y 5 magistrados de la Sala Civil – Penal del TSJPV.



La primera parte de la jornada estuvo moderada por doña Elena Muñerza, Letrada y miembro del Grupo de Estudio del Derecho civil foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y de la AVD-ZEA.

Don Jesús Delgado, Doctor y catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, presentó su ponencia sobre LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS CIVILES FORALES O ESPECIALES.

Don Jesús comenzó su disertación transmitiendo un cálido abrazo a don Adrián y recordando sus encuentros “pre-constitucionales” como foralistas. Precisamente, tomando como data la entrada en vigor de la Constitución, hace un repaso estadístico sobre los pronunciamientos judiciales al respecto de esta temática.

En el año 2014 el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al menos en 9 ocasiones (8 sentencias y 1 auto) sobre asuntos relevantes relativos al artículo 149.1.8 de la C.E. y desde el año 2010 unas 20 veces y, sumadas, son casi tantas resoluciones en los últimos años como las emanadas desde los inicios del Tribunal.

La mayoría de las resoluciones del año 2014 se refieren a cuestiones de inconstitucionalidad instadas por magistrados de Tribunales Superio-

res de Justicia sobre las leyes de parejas de hecho en relación con la competencia exclusiva del Estado en materia civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

La sentencia fundamental sobre este tema es la STC 93/2013 sobre la ley de uniones de hecho de Navarra. El TC declara inconstitucional ciertos artículo pero no porque infrinjan la reserva de competencia del Estado en materia de régimen económico o desarrollo de Derecho Civil propio sino porque se regula materia de vecindad civil sin consentimiento de los dos miembros de la pareja y es aquí donde quiebra la distribución de las competencias.

Desde el punto de vista técnico se plantea una disyuntiva entre normas imperativas y normas dispositivas. La ley Navarra establecía como punto de conexión para su aplicación que al menos uno de los dos miembros de la pareja tuviera vecindad civil navarra y se aplicaba la normativa de forma imperativa y es aquí donde el TC señala que no puede darse esta circunstancia porque las uniones de hecho implica una voluntad de sometimiento de ambos miembros y este principio dispositivo no puede verse quebrado (no es, por tanto, un problema competencial del artículo 149.1.8).

Continua el doctor Delgado recordando que el acceso al recurso de inconstitucional es limitado y que incluso se da la paradoja de que hay textos normativos sobre parejas de hecho en otras CCAA que no han sido recurridos y el plazo de impugnación ha prescrito, aunque aún queda abierta la posibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad.

Finaliza destacando que las sentencias del TC no son, per se, jurisprudencia, tal y como la conforma la LOPJ, sino cuerpo doctrinal y que la relativa a materia civil, fundamentalmente, sigue siendo aún la del año 1993 hacia atrás.

El segundo ponente de la mañana fue don Antonio García, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, quién expuso LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SOBRE EL DERECHO CIVIL VASCO.

En la Sala de lo Civil del TSJPV, desde sus comienzos, se han dictado 42 sentencias en esta materia, de las cuales 41 han sido sobre el derecho civil foral y 1 sobre cooperativas. La primera sentencia fue dictada el 31 de octubre de 1990 y la última el 9 de octubre del 2013.

En 10 de las ocasiones se declaró haber lugar al recurso de casación. De las 41 sentencias dictadas sobre el derecho civil foral, 18 han sido sobre troncalidad y saca foral, 15 en materia de derecho de sucesiones y 8 en relación con el régimen de bienes del matrimonio.

A su vez, el Tribunal Supremo solo se ha dictado 2 sentencias en relación con la actual normativa, una la STS de 12 de marzo del 2002 (sobre la prórroga del poder testatorio) y otras, la STS de 11 de marzo de 2010 (sobre pérdida de la vecindad civil del causante y los derechos troncales).

En la STS de 12 de marzo de 2002 se hacía referencia a otras 4 sentencias del TSJPV de fechas 30 de diciembre de 1991, 12 de abril de 1994, 22 de junio de 199 y 23 de enero de 2001. En ellas se advertía que, no obstante haberse marcado un plazo para el ejercicio del poder testatorio, conforme a la regulación del Fuero Nuevo era costumbre arraigada en el alkar poderoso prorrogar el poder y ejercitar el mismo dentro de esa prórroga (se recogían de forma exhaustiva en pactos, capitulaciones y testamentos). El TS, de forma rígida, venía NO admitiendo dicha prórroga hasta que, en esta sentencia, abdica de su anterior postura y reconoce la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJPV, donde se recoge la costumbre *praeter legem* (que la Ley del 92 había ya recogido a su vez en el artículo 48).

La STS de 11 de marzo de 2010 dictamina sobre un asunto que llegó a través de la Audiencia Provincial de Madrid por un recurso contra una

sentencia de primera instancia de un juzgado de Móstoles. Se trataba de un causante que había perdido la vecindad civil vizcaína por llevar viviendo más de 10 años en Madrid, no tenía ascendientes ni descendientes y era copropietario de una finca troncal. Los sobrinos reivindicaron, frente a la viuda, su condición de tronqueros y en esta sentencia se hace valer la fuerza de la troncalidad porque como bien señala el artículo 17 de la actual ley, la pérdida de la vecindad no afecta a los derechos y deberes emanados de la troncalidad.

Continúa el ponente desgranando el Auto de 1 de marzo de 2011 relacionado con las cooperativas. Esta resolución se emitió como consecuencia de un recurso de queja contra una inadmisión de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia. En este auto el TSJPV reconoce la competencia del órgano judicial para la casación porque es una materia regulada por una norma específica de la Comunidad Autónoma y cuya denuncia se produce ante un órgano de la jurisdicción civil del País Vasco. Hasta este auto, la postura del TSJPV era la contraria por entenderse que se entendía que las competencias en esta materia, reguladas en el Estatuto de Autonomía se refiere a la materia y no a la jurisdicción (se hace mención al derecho civil propio pero no al derecho civil propio “especial”, además de que se entendía que la materia no es propiamente civil sino mercantil).



Continúa la jornada de la mano de don Borja Iriarte, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y miembro de la AVD-ZEA. El tema que trató fue la CASACIÓN Y DERECHO CIVIL VASCO.

En materia de interés casacional, el ponente recomendó leer el Acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 (forulege) dado que en el TSJPV se están aplicando los mismos criterios de admisión / inadmisión.

Básicamente las materias de competencia casacional en el País Vasco son las de Derecho de cooperativas, derecho de asociaciones y fundaciones, parejas de hecho y Derecho Civil propio (en caso de recurso por infracción de normas y una de ellas es constitucional entonces el tribunal competente sería el Tribunal Supremo).

El acceso al recurso es complejo, en el aspecto procesal ya que el artículo 467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha aumentado los requisitos para dicho acceso (el de la cuantía económica, por ejemplo, es excesiva, sobre todo en materia fiscal donde la sala se convierte en única instancia, en sala colegiada, eso sí, pero única instancia al fin y al cabo), y también porque las resoluciones recurribles deben ser sentencias, no autos, y deben ser adecuadas al caso (cuidado con la forma de calcular las cuantías de las demandas), sin olvidar, claro está, la aplicación de las tasas judiciales y el peligro de la imposición de costas.

Las causas de inadmisión por defectos de forma son las más abundantes y se advirtió por el ponente de la importancia de citar claramente y bien la resolución contradictoria. Idem respecto del cómputo del dies a quo de los 5 años que debe ser el de la entrada en vigor de la ley, y el dies ad quem el de la resolución recurrida (con la salvedad de que el Tribunal Supremo matiza que si el precepto tiene menos de 5 años de antigüedad se cite claramente en la demanda).



En la pausa café, siempre necesaria para reponer fuerzas, se aprovechó para la inauguración de la Exposición “El Derecho civil vasco: pasado, presente y futuro” mediante la cual la Academia pretende la divulgación de la realidad del Derecho Civil Vasco con una visión panorámica de sus raíces, su práctica actual y su vertiente futura que está en plena actualidad con el trámite parlamentario de la nueva Ley.



Durante la segunda parte de la jornada se realizó el merecido homenaje a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (RSBAP) en su 250 aniversario, en la que actuó de moderadora doña Elixabete Piñol, Letrada y miembro del Grupo de Estudio del Derecho civil foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y de la AVD-ZEA.

Don Andrés Urrutia, Vicepresidente de la AVD-ZEA, en un acto francamente emotivo e interesante, cumplió con su deber de miembro de la RSBAP de dictar su lección de ingreso, que versó sobre “Juristas y Derecho civil vasco en la RSBAP (1945-1992).

Comienza don Andrés recordando a los 4 juristas que le encaminaron a ingresar en la RSBAP, Adrián Celaya, Jesús Oleaga, Javier Oleaga y Rafael Ossa Etxaburu sin olvidar que la Academia es “hija agradecida” de la Bascongada.

Ya desde finales del S XVIII existe constancia documental (en sede de Juntas Generales) del interés específico de la RSBAP respecto del Derecho Civil Vasco. Esta labor continúa en el tiempo (apéndice al Código Civil de 1900), aportaciones del Colegio de Bizkaia (1928/29) e incluso en la época de la postguerra, en contra de lo que pudiera parecer, existe una preocupación colectiva por la conservación y el desarrollo de nuestro Derecho Civil por parte de la Bascongada y también individual de varios de sus miembros. En el año 1946 se celebra el Congreso de Zaragoza donde se constituyen las secciones de Bizkaia y Álava (Gipuzkoa también tuvo su presencia, tal y como señalan los representantes alaveses en su informe post congreso que presentan ante la Diputación donde se congratulan de la “feliz compenetración” entre los representantes de las 3 provincias).

Siguiendo la categorización realizada por el profesor Delgado Etxebarria sobre la dogmática jurídica española (comunidad jurídica, comunidad interpretativa y comunidad científica) don Andrés viene a señalar que, en el País Vasco la comunidad jurídica ha pasado de ser centralizada

a autonómica, la comunidad interpretativa se ha vuelto cada vez más especialista y la comunidad científica ha evolucionado de una cuasi inexistencia a conformar un corpus sólido.

En este tránsito de las tres comunidades a lo que son hoy en día rinde homenaje a figuras destacadas del ámbito jurídico, haciendo un simil con el “frontispicio” del Derecho Civil Propio (ámbito territorial y ámbito personal) recordándonos no sólo quienes eran sino de dónde eran estos insignes juristas.

Don Gregorio de Altube Izaga (1899-1969), alavés, notario de profesión, buen director de la Bascongada, tuvo un papel decisivo y fundamental en el desarrollo y conservación de nuestro Derecho no sólo por ser verdaderamente prolífico en su obra y escritos sino porque estuvo presente en los hitos importantes como el Congreso de Zaragoza, y dictaba conferencias divulgativas y científicas (mítica es la titulada “el paisaje como fuente de derecho” citada por Vallet de Goitisoló) sino también porque realizó una auténtica labor de campo en relación al Fuero de Ayala mientras formó parte de la comisión dependiente de la Audiencia Provincial de Alava (de hecho este informe formó parte del material que fructificó en la Compilación del 59).

Don Adrián Celaya Ibarra, (Bizkaia), 1917, su labor jurídica discurre en muchos casos paralela a sus responsabilidades en la RSBAP donde llegó de la mano de Oleaga y Urquijo (hombre valiente al frente de la Bascongada, quien la “puso” en el mapa de las instituciones de este país). Todos conocemos su biografía y por ello don Andrés no se extiende en ella pero recuerda que dio el “aldabonazo” jurídico con sus tesis doctoral sobre los conflictos de leyes en el territorio histórico de Bizkaia. Por primera vez, desde Jado, con una perspectiva técnico – jurídica se ponen de manifiesto “las verdades del barquero” del derecho civil vasco. No debemos olvidar su labor docente y judicial, en definitiva su valía como maestro en Derecho, en valores, maestro de vida.

Don Álvaro Navajas y José María Aiygart, por Gipuzkoa, cierra esta semblanza personal y territorial de miembros de la Bascongada con peso específico en el ámbito jurídico, don Álvaro por su obra “la ordenación consuetudinaria del caserío” que supone una primera formulación de un corpus normativo gipuzcoano y don José María por su buena imbricación con los juristas de Bizkaia y Álava en su puesto como director de la RSBAP.

Y llegamos a La ley del 92, que partía de un anteproyecto de la Bascongada, y que supone la vigencia y aplicación por más de dos décadas y permite la actual tramitación legislativa del proyecto de ley civil. ¿El futuro? Trabajar con la Bascongada, no sólo en el ámbito civil sino en el del Derecho Vasco, desde el “Iurac bat”.

A la finalización del discurso de ingreso del Sr. Urrutia en la RSBAP, fue después saludado y contestado por el director de la RSBAP, don Fernando Salazar y el Presidente de la Comisión de Bizkaia de la RSBAP, don Mikel Badiola.

Don Fernando Salazar, director de la RSBAP, tras elogiar a Andrés Urrutia por su labor y recordar su ya histórica pertenencia a la misma, procede a su aprobación como amigo de número. Además, recuerda que la Academia es hija ilustre de la Real Bascongada, siendo una de las instituciones más importantes creada por la RSBAP.

Don Mikel Badiola, Presidente de la Comisión de Bizkaia de la RSBAP, quién siguiendo con lo planteado por el anterior ponente, leyó unas palabras que significaban el ingreso formal de Andrés Urrutia en la RSBAP, a pesar de llevar ya 24 años como amigo de la misma (los intereses devengados por la posposición de la lectura se consideran abonados por su sabiduría jurídica).

Finalmente, se hizo entrega a don Fernando Salazar de la placa conmemorativa de homenaje a la RSBAP de manos de don Javier Mugu-ruza, letrado del ICASBI y miembro de la junta de la AVD.



La mesa redonda vespertina (LA “OTRA” JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO CIVIL VASCO) fue moderada por doña Alkain Oribe, Letrada y miembro del Grupo de Estudio del Derecho civil foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y de la AVD-ZEA.

LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DEL PAÍS VASCO, fue analizada por don José Miguel Gorostiza, doña Nieves Paramio y don Jesús Fernández, todos ellos Letrados y miembros del Grupo de Estudio del Derecho civil foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y de la AVD-ZEA.

En estos 22 años de vigencia de la actual Ley se han dictado 2 sentencias por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, 9 en Alava y más de 100 en Bizkaia.

En relación con el ámbito de la aplicación de la ley personal y territorial, (presunción *iuris tantum* de certeza de las manifestaciones sobre la misma, artículo 14 de la Ley del)2) recordaron la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 10 de diciembre de 2007. En ella una de las partes solicitaba que el testamento de su padre (acogiéndose a la ley especial de la tierra de Aiala) fuera declarado nulo, junto con la escritura de adjudicación y de donación. La razón para solicitar ello fue que la actora entendía que sus padres obtuvieron la vecindad civil común por haber trasladado su residencia de Amurrio a Vitoria, donde permanecieron desde 1987 al 2003.

Así, fue determinante la prueba relacionada con el consumo de agua y gas de la vivienda de Vitoria para determinar si en realidad vivían allí, o como decía la otra parte, simplemente iban a pasar temporadas. Se fijan también que el empadronamiento está en Amurrio, todas las escrituras y testamentos se hicieron en Amurrio y por lo tanto se llega a la conclusión de que la residencia era Amurrio.

En relación con el poder testatorio se citaron varias sentencias, entre ella la de 7 abril de 2004, que despeja dudas destacando que es un poder absoluto basado en la total confianza del poderdante sobre el comisario. La de 15 de junio de 2001 que señala que el fraude de ley sobre la vecindad no supone automática la nulidad de todo el testamento; y la sentencia de 3 de julio del 2013 en la que se determina que, en tanto en cuanto el comisario no ejercite el poder sucesorio, no existe ningún tipo de legitimación de los herederos presuntos (con excepción de la troncalidad).

Respecto de la troncalidad y saca foral, se destacó el Auto de la Audiencia Provincial de Araba de 16 de marzo de 2005 en el que se fijan los requisitos para el ejercicio de la acción de saca foral y destaca los valores y finalidad de esta figura (señala que es la más destacada especialidad del derecho de Bizkaia, la de mayor arraigo y la que se manifiesta en todos los ámbitos). La sentencia de 11 de febrero de 1998 de la Audiencia de Bizkaia señala que la preferencia de los parientes tronqueros se determina por la línea y grado y no por la anticipación en el ejercicio de la acción.

La primera resolución de la Audiencia de Bizkaia fue en el año 1998. Por su parte, el 4 de noviembre de 2009 resuelve la misma Audiencia que el cálculo de la legítima según el artículo 62 debe contemplar también a los bienes troncales.

Después sobre los pactos sucesorios, entre otras sentencias se recordó la de la Audiencia de Bizkaia, de 11 de mayo de 2011 que establece el origen del pacto sucesorio en el derecho foral vizcaíno.

La sesión continuó con la ponencia de don Luis Felipe Alamillos, notario de Mungia, quién abordó el tema de LA JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIA-DO EN MATERIA DEL DERECHO CIVIL VASCO.

Cuando se presenta un título público ante un registro (civil, mercantil o de la propiedad) y hay una calificación negativa se comienza el iter de este procedimiento administrativo que versa exclusivamente sobre cues-

tiones jurídicas (de ahí la riqueza de estas resoluciones que sin suponer jurisprudencia en el sentido técnico sí son muy interesantes e ilustrativas).

Entre otros ejemplos, se aludió a la resolución de la DGRN de 26 de julio de 2014 en relación con el Registro de la Propiedad de Amorebieta. Se pretendía la inscripción de una titularidad tras liquidación del régimen económico matrimonial en convenio regulador de divorcio homologado por sentencia. La esposa se adjudica la vivienda, el garaje y el trastero. El registrador deniega la inscripción ya que se trata de un bien que el matrimonio compró antes de casarse, siendo por tanto un bien privativo. La mujer alega que si bien es cierto que lo compraron antes de casarse pro indiviso, ha sido el domicilio conyugal y el préstamo ha sido pagado con dinero ganancial, además que ha sido lo entendió el juez. La Dirección General, el 26 de julio de 2014, dice que la vivienda familiar es un contenido fundamental en el Convenio Regulador, si los cónyuges libremente deciden que se quede uno de ellos con ella, puede inscribirse aunque sea privativo.

El último ponente de la jornada fue don Alberto Atxabal, Profesor de Derecho fiscal de la Universidad de Deusto y miembro de la Junta Directiva de la AVD. El tema que trató fue LA JURISPRUDENCIA FISCAL FORAL SOBRE EL DERECHO CIVIL VASCO (TEAF, doctrina administrativa).

La normativa fiscal (Norma Foral 7/2002 del 15 de octubre y el Decreto Foral 1189/2002) se reformó en el año 2002 y se recogieron reglas especiales en materia tributaria para las instituciones principales del derecho civil foral. Ésta ha sido una regulación afortunada ya que más de una década después siguen en vigor y su éxito, habiendo intentado respetarla naturaleza jurídica de las instituciones forales.

Durante estos 12 años de vigor de la normativa se detectan dos tipos de resoluciones o consultas, las que se emiten hasta el año 2006 donde básicamente son consultas aclaratorias y tras dicho año, más desde el 2010, donde ya hay mucha casuística y las resoluciones del TEAF comienzan a alejarse del texto y espíritu de la norma.

En relación con la comunicación foral, el criterio de la resolución de 15 de mayo de 2206 sigue la regla de la individualización de los bienes (constante matrimonio no hay comunicación y por tanto a efectos de IRPF habrá que atenderse a la titularidad de cada bien). En resolución del TEAF de 18 de noviembre de 2009, por ejemplo, se entiende que una venta de vivienda habitual y posterior reinversión en también vivienda habitual no puede ser imputable a los dos miembros del matrimonio sino sólo al titular quien será el único que pueda acogerse a la exención por reinversión.

Una vez consolidada la comunicación los valores a tener en cuenta para el viudo comisario son, por un lado, en lo que respecta a su mitad por liquidación del régimen económico, se tomará en cuenta el valor de adquisición y, respecto de su usufructo, el valor del bien al tiempo del fallecimiento del causante. Sin embargo, para la tributación de los herederos habrá que esperar al ejercicio del poder testatorio.

Respecto de los pactos sucesorios con eficacia de presente la resolución de 27 de septiembre de 2012 entendía que para que un pacto quede exento como tal y no deba tributar como donación de un bien singular deberá tener contenido sucesorio, notas de universalidad de bienes, bilateralidad e irrevocabilidad (en definitiva, no puede haber una mera transmisión sino un contenido sucesorio).

(Nota: todas las resoluciones y sentencias citadas por los integrantes de la mesa redonda y ponentes de la mañana constan en la página web de la academia “forulege” a disposición de los usuarios que quieran consultarla).



La clausura de la jornada la realizó don Andrés Urrutia, Vicepresidente de la AVD, deseando que para la próxima jornada tengamos en nuestras manos la nueva Ley de Derecho Civil del País Vasco.

Selección de noticias de **forulege.blog**, berri hautatuak

21-11-2013

La Academia Vasca de Derecho, la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, el Instituto de Estudios Cooperativos, CIRIEC-España y la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto organizaron el día 21 de noviembre una jornada sobre la transmisión de los valores cooperativos a los jóvenes y la intercooperación en la cooperativa del siglo XXI.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak, Kooperatiba Zuzenbidearen Nazioarteko Elkarteak, Kooperatiba Ikaskuntzen Institutuak, CIRIEC-Espainiak eta Deustuko Unibertsitatearen Zuzenbide Fakultateak XXI. mendeko kooperatibaren gazteei kooperatibaren baloreak transmititzeari eta elkar-lankidetzari buruzko jardunaldia antolatuzen azaroaren 21ean.

12-12-2013

El jueves 12 de diciembre de 2013 se celebró en el Auditorio de la Universidad de Deusto la Jornada titulada El concurso de las sociedades cooperativas y las aportaciones financieras subordinadas, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo y la Academia Vasca de Derecho.

2013ko abenduaren 12an, ostegunean, Kooperatiba Zuzenbidearen Nazioarteko Elkarteak eta Zuzenbidearen Euskal Akademiak antolatuta, Deustuko Unibertsitateko Entzungelan jardunaldi bat ospatu zen kooperatiba-sozietateen konkurtsoari buruz eta mendeko finantza-ekarpenei buruz.



7-1-2014

Ha fallecido don José Miguel Fernández de Bilbao (q.e.p.d.) notario, doctor en Derecho y miembro de diferentes entidades culturales del País Vasco, tales como la Academia Vasca de Derecho o la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. Fue participante en los proyectos de Derecho civil foral vasco de los últimos treinta años y autor de diferentes artículos que se incluyen en este envío. Fue miembro de la Comisión redactora del Fuero Civil de Bizkaia de la Ley 3/1992 de Derecho Ci-

Joan zaigu José Miguel Fernández de Bilbao notario jauna eta Zuzenbidean doktorea. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren kide izateaz landara ere, Euskalerriko Adiskideen Elkartearen partaide izan zen. Gogoz parte hartu izan du Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilararen inguruan izan diren hainbat egitasmotan, azken urteetan ondu direnak. Esandakoaren argigarri, haren bibliografia mezu honi erantsen zaio. Bizkaiko Foru Zibilararen idazketa batzordearen kidea izan zen, gerora,



vil Foral del País Vasco. Persona interesada por todo lo que concernía al País Vasco, su interés por el derecho civil foral le hizo impulsar y secundar múltiples iniciativas en estas materias. Fue profesor de la asignatura *Derecho Foral y Autónomo Vasco* y en los Cursos de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Nuestro pésame a su familia. El funeral será hoy en la parroquia de Mundaka a las 19 horas. Goian bego.

Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilaren Legea 3/1992 ekarri zuena. Azpimarratzekoak izan dirak berak erakutsi dituen Foru Zuzenbide Zibilerako gogoia eta ekimena. Urte luzeetan Deustuko Unibertsitatearen Zuzenbide Fakultatearen irakaslea izan zen, *Foru eta Autonomia Zuzenbidearen* ikasgaietan eta Doktorego Ikastaroetan. Gure doluminak familiarentzat. Hileta elizkizuna gaur izango da, Mundakako parrokian, arratsaldeko 7etan. Goian bego.

29-9-2014

El pasado lunes 29 de septiembre, la *Academia Vasca de Derecho* y el *Grupo de Estudio de Derecho civil foral del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia* celebraron un

Joan den astelehenean, irailaren 29an, *Zuzenbidearen Euskal Akademiak* eta *Bizkaia Jaureriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuaren Foru Zuzenbidea Ikertzeko Taldeak*, Ja-



homenaje póstumo al letrado don Javier de Oleaga Echeverría (†) en la sede del *Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia*. Asistió una nutrida representación del mundo del Derecho que testimonió de esta forma su estima por don Javier de Oleaga, cuya figura y biografía se glosaron en el acto.

Tomaron parte como oradores: don Adrián Celaya, don Nazario Oleaga, el Grupo de Estudio de Derecho civil foral del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, doña Itziar Monasterio y don Andrés Urrutia.

vier de Oleaga Echeverría (†) abokatuari hil ondoko omenaldia egin zioten *Bizkaiko Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuaren* egoitzaren Ekitaldi Aretoan. Omenaldi horretan parte hartu zuen jendarte zabala, Javier de Oleaga Echeverría-ren familiari bere atxikimendua erakutsi ziona, hura gogoratuz eta goratuz. Hizlariak izan ziren: Adrián Celaya jauna, Nazario Oleaga jauna, Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsuaren Foru Zuzenbidea Ikertzeko Taldea, Itziar Monasterio anderea eta Andrés Urrutia jauna.

28-10-2014

El pasado martes 28 de octubre a las 19:30 horas tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco (Henaio, 8), con numerosa asistencia de público, la lección inaugural de apertura de curso 2014/2015 de la Academia Vasca de Derecho bajo la presidencia de la magistrada y Presidenta en funciones del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, doña Nekane Bolado Zárrega, del Decano del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco, don Mario Martínez de Butrón, del Presidente de la Academia Vasca de Derecho, don Adrián Celaya Ibarra y del Vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho, don Andrés Urrutia Badiola. En el acto, el Catedrático emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto, don Ricardo de Ángel Yágüez, dictó la lección inaugural *Una obra jurídica monumental de nuestros días: el "Marco Común de referencia"*. Breve descripción y modesta valoración. Le contestó el Presidente de la Academia Vasca de Derecho, don Adrián Celaya Ibarra, y a continuación doña

Urriaren 28an, arratsaldeko 19:30etan, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren egoitzan (Henaio kaleko 8. zk.) egin zen, bertan jendarte zabala zegoela, Zuzenbidearen Euskal Akademiaren 2014/2015 ikasturtea irekitzeko ekitaldia. Ekitaldiaren mahaiburuak izan ziren, besteak beste, Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiko jarduneko lehendakaria eta magistratua, Nekane Bolado Zárrega anderea, Euskal Herriko Notario Elkargo Txit Prestuaren dekanoa, Mario Martínez de Butrón jauna eta Zuzenbidearen Euskal Akademiaren lehendakaria, Adrian Celaya Ibarra jauna eta Zuzenbidearen Euskal Akademiaren lehendakariordea, Andres Urrutia Badiola jauna. Ricardo de Ángel Yágüez jaunak, Deustuko Unibertsitateko Zuzenbide Fakultatearen katedradun emerituak, ikasturtea irekitzeko hitzaldia egin zuen *Una obra jurídica monumental de nuestros días: el "Marco Común de referencia"*. Breve descripción y modesta valoración izenburupean. Zuzenbidearen Euskal Akademiaren lehen-



Nekane Bolado Zárrega declaró abierto el curso 2014/2015 de la Academia Vasca de Derecho.

dakaria den Adrián Celaya Ibarra jaunak erantzun zion eta horren ondoren Nekane Bolado Zárrega andereak Zuzenbidearen Euskal Akademiaren 2014/2015 ikasturtea ireki zuen.

30-10-2014

La Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, por acuerdo de su Junta de Gobierno de fecha de 20 de octubre del 2014, ha decidido convocar el *Primer Premio “Adrián Celaya Ibarra”* para juristas jóvenes en mate-

Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademiak legelari gazteentzako euskal zuzenbide publikoaren eta euskal zuzenbide pribatuaren arloko *“Adrian Celaya Ibarra” Lehen Sariaren* deialdia egitea erabaki du



ria de Derecho público y Derecho privado vasco. Se adjuntan a este blog las bases de este premio que tiene por objeto fomentar el cultivo del Derecho entre las nuevas generaciones.

2014. urteko urriaren 20an egindako Zuzendaritza Batzan. Belau-naldi berriengan Zuzenbidearen jarduna sustatzea du helburu sari horrek. Sariaren oinarriak barruratzten dira blog honetan.

27-11-2014

En el marco de la Decimotercera Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, don Andrés María Urrutia Badiola pronunció su lección de ingreso en la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País* sobre *Juristas y Derecho civil vasco en la RSBAP (1945-1992)*. Le contestó don Fernando Salazar Rodríguez de Mendarozqueta, Director de la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*.

Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzko Hamahirugarren Jardunaldi Praktikoaren barruan, Andrés María Urrutia Badiola jaunak *Euskalerriaren Adiskideen Elkarte*ko sarrera irakasgaia egin zuen, *Juristas y Derecho civil vasco en la RSBAP (1945-1992)* izenburua-rekin. Fernando Salazar Rodríguez de Mendarozqueta jaunak, *Euskalerriaren Adiskideen Elkartearen* lehendakariak erantzun zion.



27-11-2014

En el transcurso de la Decimotercera Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, la *Academia Vasca de Derecho* rindió un cálido homenaje a la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País* en su 250 aniversario, con la entrega de una placa conmemorativa. Presidió el acto don Fernando Salazar Rodríguez de Mendarozqueta, Director de la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, junto a don Mikel Badiola González, Presidente de la Comisión de Bizkaia de la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*.

Se resaltó el hecho de que la *Academia Vasca de Derecho* surgió

Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilarri buruzko Hamahirugarren Jardunaldi Praktikoaren barruan *Zuzenbidearen Euskal Akademiak* omenaldi beroa egin zion atzo *Euskalerriaren Adiskideen Elkarteari*, bere 250. urteurrenaren oroigarri emanaz. Ekitaldiaren mahaiburua Fernando Salazar Rodríguez de Mendarozqueta jauna, *Euskalerriaren Adiskideen Elkartearen* lehendakaria, eta Mikel Badiola González jauna, *Euskalerriaren Adiskideen Elkartearen* Bizkaiko Saileko lehendakaria izan ziren.

Zuzenbidearen Euskal Akademia, Euskalerriaren Adiskideen Elkartearen bultzadarekin sortu zela nabarmendu zen.



Recuerdo y testigo de la
Academia Vasca de Derecho - Zuzenbidearen Euskal Akademia,
en homenaje de respeto y admiración
por su intensa labor al servicio del País Vasco,
a la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País,
en su 250 aniversario.

En Bilbao, a 27 de noviembre de 2014

Zuzenbidearen Euskal Akademiak,
Euskal Herriaren mesederako eginiko lanaren
aitortzaz eta miresmenez,
oroigarri eta lekuko hau ematen dio
Euskal Herriaren Adiskideen Elkarteari,
azken honen 250. urtegarrean.

Bilbon, 2014. urteko azaroaren 27an



bajo el impulso de la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*.

En el mismo acto, don Andrés María Urrutia Badiola realizó su lección de ingreso como amigo de número en la *Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País* con el título *Juristas y Derecho civil vasco en la RSBAP (1945-1992)*.

Ekitaldi berean, Andrés María Urrutia Badiola jaunak *Euskal Herriaren Adiskideen Elkartean* zenbakidun laguna izateko sarrera irakasgaia egin zuen, *Juristas y Derecho civil vasco en la RSBAP (1945-1992)* izenburuarekin.

27-11-2014



En el marco de la Decimotercera Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, la Academia Vasca de Derecho y el Grupo de Estudio del Derecho civil foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia inauguraron la exposición bilingüe (castellano y euskera) “Derecho civil vasco: pasado, presente, futuro”.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak eta Bizkaia Jaurerriko Abokatu-tuen Bazkun Ohoretsuaren Euskal Herriko foru zuzenbide zibila iker-tzeko taldeak “Euskal zuzenbide zibila: iragana, oraina, geroa” erakus-keta elebiduna (gaztelaniaz eta euskaraz) inauguratu zuten Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzko Hamahirugarren Jardunaldi Praktikoaren barruan.

11-12-2014

El jueves 11 de diciembre de 2014 se celebró en el Paraninfo de la Universidad de Deusto la Jornada titulada “El crédito cooperativo: defensa del modelo”, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo y la Academia Vasca de Derecho.

2014ko abenduaren 11n, ostegunean, Kooperatiba Zuzenbidearen Nazioarteko Elkarreak eta Zuzenbidearen Euskal Akademiak antolatuta, Deustuko Unibertsitatearen Paraninfoan jardunaldi bat ospatu zen kooperatiba-kredituari buruz, eredu horren defentsan.

JADO

NORMAS DE PUBLICACIÓN
ARGITALPENERAKO ARAUAK
PUBLICATION STANDARDS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Las personas interesadas en publicar materiales en la Revista *JADO-Boletín de la Academia Vasca de Derecho / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* deben tener en cuenta las observaciones siguientes a la hora de preparar los originales:

1. Los materiales deben ser originales e inéditos. Deben dirigirse al director de la Revista y hay que presentarlos por correo electrónico a la dirección siguiente: secretaria@avd-zea.com.

2. La extensión recomendada para los materiales, en el caso de los estudios, es de 10 a 25 páginas ISO A4 (es decir, aprox. de 21.500 a 56.000 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable. En el caso de las notas, es de 5 a 10 páginas ISO A4 (es decir, aprox. como máximo 21.500 caracteres), a 1,5 de interlínea, en soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable.

3. Los plazos de presentación de originales finalizan habitualmente:

- el 30 de junio, para el número que se publica en diciembre;
- el 30 de diciembre, para el número que se publica en junio;

Los materiales se publicarán, preferentemente, en castellano y en euskera. Todo ello sin perjuicio de la publicación de números especiales y extraordinarios, cuya periodicidad se ajustará a la convocatoria correspondiente.

4. Los autores/ras deben indicar el título del texto, su nombre y apellidos, y el cargo o la profesión con que quieren aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.

5. Es necesario que los autores/ras aporten con el texto los datos suficientes para que la revista JADO se pueda poner en contacto con ellos de forma rápida (dirección, teléfonos y correo electrónico).

6. La revista JADO incluye un resumen de los textos publicados en la sección de estudios, que deben elaborar los autores/ras y presentar a la vez que el texto. La extensión máxima del resumen es de 1.000 caracteres (es decir, aproximadamente media página ISO A4, a 1,5 de interlínea). También hay que incluir una lista de palabras clave o descriptores de la materia (máximo 5).

7. Los textos deben ir precedidos de un breve sumario de los diferentes apartados en que se estructuran.

8. Se recomienda la utilización de notas a pie de página a fin de que los lectores de los textos puedan localizar las fuentes de las afirmaciones que se hacen o puedan ampliar el estudio de un punto determinado del artículo.

9. Se recomienda la inclusión de un apartado final de bibliografía, en que se recojan las obras utilizadas en la elaboración del texto o las que se consideran de referencia sobre la materia de que trata el texto.

10. Es necesario que los autores/ras organicen el contenido del texto con una introducción que defina el objeto, un desarrollo que incluya los datos y los argumentos que el autor considere oportuno aportar y una conclusión que presente una propuesta, una valoración o una reflexión final.

11. Se recomienda seguir el siguiente sistema en cuanto a la bibliografía citada:

Apellidos, Nombre, «Título del artículo», *Título de la Revista o del libro* (si el título de la revista es una sigla, no se debe escribir en cursiva), volumen, nº, ciudad de edición, editorial, año de publicación, páginas afectadas.

12. Las citas de las leyes deben seguir el modelo siguiente (o el modelo de citación usual en cada ordenamiento jurídico):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Las siglas se tienen que escribir sin puntos, p.ej. LPL. La primera vez que aparezca en un artículo una sigla poco difundida, se tiene que escribir el nombre completo seguido de la sigla entre paréntesis.

14. La revista JADO publica los textos en la lengua original, si se trata de artículos escritos en castellano o euskera. Igualmente, se aceptarán textos en francés o inglés. Las palabras, expresiones y citas que aparezcan en una lengua diferente de la del texto deben escribirse en cursiva.

Los ejemplares de la revista se encuentran a disposición del público, en formato digital, en la siguiente dirección: <http://www.avd-zea.com>.

15. El autor o autores del texto ceden en exclusiva a la Academia los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como su inclusión en bases de datos. Los textos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Academia y cada autor recibirá 5 ejemplares de la Revista.

16. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de una evaluación, que en el caso de los estudios se realizará por evaluadores externos desconociendo la identidad del autor o autores. La evaluación tendrá en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; y la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones.

Se comunicará a los autores la decisión sobre publicación (en su caso, condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original) o no de los trabajos enviados, en un plazo inferior a 6 meses. Los

trabajos serán publicados como “Estudios” o como “Notas” según su naturaleza y extensión. Los autores de textos aceptados para su publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 10 días. Los originales enviados que no se considere conveniente publicar no serán devueltos al autor, ni se mantendrá correspondencia con ellos.

ARGITALPENERAKO ARAUAK

Norbaitek interesa baldin badu *JADO* aldizkarian, hau da, *Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkarian* materialak argitaratzeko, honako ohar hauek kontuan hartu beharko ditu, jatorrizkoak prestatzeko orduan:

1. Materialak jatorrizkoak eta argitaragabeak izan behar dira. Aldizkariaren zuzendariari helarazi behar zaizkio, eta, gainera, posta elektronikoz bidali behar dira honako helbide honetara: secretaria@avd-zea.com

2. Materialen neurriari dagokionez, gomendatzen da azterlanek 10-25 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroartea 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, azterlanek 21500-56000 karaktere izan behar dituzte, gutxi gorabehera). Azterlanak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean. Gomendatzen da, bestalde, oharrek 5-10 orrialde izatea; orrialdeok ISO A4 motakoak izan behar dira eta lerroartea 1,5ekoa izan behar da (beste modu batera esanda, oharrek, gehienez ere, 21.500 karaktere izan ahal dituzte, gutxi gorabehera). Oharrak euskarri informatikoan eman behar dira, ahal bada, Word formatuan edo berrikusteko moduko antzeko formaturen batean.

3. Jatorrizkoak aurkezteko epeak data hauetan bukatu ohi dira:

- ekainaren 30ean, abenduan argitaratzen den zenbakiari dagokionez;
- abenduaren 30ean, ekainean argitaratzen den zenbakiari dagokionez;

Materialak gaztelaniaz eta euskaraz argitaratuko dira, batik bat. Horri guztiari kalterik egin gabe, zenbaki berezi eta ezohikoak argitara daitezke; deialdi egokiak argituko du zenbaki berezi eta ezohiko horien aldizkakotasuna.

4. Egileek adierazi behar dute zein den testuaren izenburua, zein diren haien izen-abizenak, eta zein kargu edo lanbiderekin identifikatu nahi duten euren burua, artikulua goiko aldean.

5. Egileek, testuarekin batera, zenbait datu eman behar dituzte (helbidea, telefonoak eta helbide elektronikoa), JADO aldizkaria ahalik azkarren eurekin harremanetan jar dadin.

6. JADO aldizkariak, azterlanei dagokien atalean, argitaratutako testuen laburpena jasoko du; laburpen hori egileek eurek prestatu behar dute, eta testuarekin batera aldizkariari helarazi behar diote. Laburpenak, askoz jota, 1000 karaktere izan ditzake (beste modu batera esanda, lerroa 1,5ekoa izanik, laburpena ISO A4 motako orrialde erdikoa izan behar da, gutxi gorabehera). Orobat gaineratu behar dute egileek gaiari buruzko gako-hitzen zerrenda (gehienez ere, 5 gako-hitz izan daitezke).

7. Testuaren barruko atalak zein izan eta atal horiei buruzko aurkibide laburra jarri behar da testuaren hasieran.

8. Testuen irakurleei erraztu behar zaie egileek egindako baieztapenen iturriak bilatu ahal izatea, eta, orobat, artikulua puntu zehatz bati buruzko ikerketa sakontzea. Hori dela eta, oin-oharrak erabiltzea gomendatzen da.

9. Berebat gomendatzen da azken atala bibliografiari buruzkoa izatea. Atal horretan jaso behar dira testua prestatzeko erabili diren lanak edota testuaren gaiari buruz eredu garri izan daitezkeenak.

10. Egileek, testuaren edukia antolatzen dutenean, sarrera idatzi behar dute, testuaren xedea definitzeko; ondoren, gaia garatu behar dute, eta, garatze horretan, egileak egoki ikusten dituen datuak eta argudioak jaso behar dira; eta, bukatzeko, ondorioetan, proposamena, balorazioa edo azken hausnarketa egin behar da.

11. Bibliografia aipatzeko orduan, honako sistema hau erabiltzea gomendatzen da:

Abizenak, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren edo liburuaren izenburua* (aldizkariaren izenburua siglaren bidez eman bada, hori ez da etzanez idatzi behar), liburukia, zenbakia, argitaratze-hiria, argitaletxea, argitaratze-urtea, aipatu beharreko orrialdeak.

12. Legeak aipatzeko orduan, honako eredu hau bete behar da (edo, bestela, kasuan kasuko antolamendu juridikoan ohiko den eredu):

Ex.: Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. Siglak punturik gabe idatzi behar dira; esate baterako, HPL. Erabileran urriko siglaren bat artikuluan lehen aldiz agertzen denean, izen osoa idatzi behar da, eta, ondoren, sigla jarri behar da kakotzen artean.

14. JADO aldizkariak jatorrizko hizkuntzan argitaratzen ditu testuak, baldin eta artikulua gaztelaniaz edo euskaraz idatzita badaude. Era berean, frantsesez nahiz ingelesez idatzitako testuak onartuko dira. Testuan hizkuntza zehatza erabilia, zenbait hitz, esamolde edo aipamen beste hizkuntza batean agertzen badira, horiek letra etzanez idatzi behar dira.

Aldizkariaren aleak jendearen esku jarriko dira, formatu digitalean, honako helbide elektronikoa honetan: <http://www.avd-zea.com>.

15. Testuaren egileak edo egileek modu eskusiboan lagatzen dizkiote Akademiari argitaratutako artikuluen gaineko erreproduzio-eskubideak; lagatze horrek bere barruan hartzen ditu CD ROM euskarriak, Internet nahiz bestelako baliabide informatikoak, baita datu-baseetan sartzeko aukera ere. Argitaratutako testuak ordaindu egingo dira, Akademiak berak ezarritako kopuruarekin, eta egile bakoitzak aldizkariaren 5 ale jasoko ditu.

16. Erredakzio batzordeak erabakiko du zein lan argitaratzen den, eta, horretarako, lanen gaineko ebaluazioa egingo du; azterlanen kasuan, kanpoko ebaluatzaileek egingo dute hori, eta ebaluatzaileok ez dute jakingo nor diren egileak. Ebaluazioak kontuan hartuko ditu honako irizpide hauek: aurkeztutako argudioen kalitatea eta zorroztasuna; artikuluaeren egokitasuna eta garrantzia; eta, halaber, sormena, metodologia, proposamenak eta ekarpenak.

Egileei jakinaraziko zaie, askoz jota 6 hileko epean, haiek bidalitako lana argitaratuko den (hala denean, jatorrizko bertsioan zenbait aldaketa eginez eta horren baldintzapean) edo ez den argitaratuko. Lanen izaera eta neurria aintzakotzat hartuta, lanok “azterlanak” edo “oharrak” izango dira. Behin testuen argitaratzea onartuta, egileei eskatu ahal zaie inprimatze-probak zuzentzea; proba horiek 10 eguneko epean itzuli beharko dira zuzenduta. Jatorrizkoak bidali arren, ez bada egokitzen jo horien argitalpena, ez zaizkio jatorrizko horiek egileari itzuliko, eta ez da egileekin posta-harremanik abiaraziko.

PUBLICATION STANDARDS

Those persons interested in publishing articles in the *JADO Review of the Basque Academy of Law / Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Aldizkaria* magazine must take into account the following points when drafting the original:

1. The articles must be original and unpublished. They should be addressed to the editor of the magazine and must be submitted by email to the following address: secretaria@avd-zea.com.

2. The recommended article length is, in the case of field studies that of 10–25 A4 pages (that is, approx. 21,500–56,000 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text. In the case of explanatory notes, 5– 10 A4 pages (that is, approx. a maximum of 21,500 characters), 1.5 spacing between lines, on electronic format, preferably in Word or Revisable Form Text.

3. The submission deadlines of original papers customarily ends on:

- 30th June, for the issue published in December;
- 30th December, for the issue published in June;

The articles will be published, preferably in Spanish and Basque that is, notwithstanding the publication of special and extraordinary issues, whose frequency is adapted to the corresponding tender.

4. The authors should indicate the manuscript title, name and surnames, and the job title or profession with which they wish to be identified by in the heading of the article.

5. It is necessary that authors furnish with the manuscript sufficient information so that the JADO magazine may get into touch with them quickly (address, telephone numbers and email)

6. The JADO magazine includes an abstract of all manuscripts published in the field studies section, which must be drafted by the authors and submitted at the same time as the manuscript. The maximum length of the abstract is 1,000 characters (that is, approximately half an A4 page, 1.5 spacing between lines). It must also include a list of key words or subject descriptors (max. 5).

7. The texts are preceded by a brief summary of the different sections which the article is structured.

8. The use of footnotes is recommended so that the readers of the manuscripts may locate the sources of the statements made or to broaden the scope of the field study of a specific point of the article.

9. The inclusion of a final bibliography is recommended, where the sources used in the drafting of the manuscript or those that are considered as references concerning the subject matter of the manuscript are complied.

10. It is necessary that the authors organise manuscript contents with an introduction defining the purpose, and a chronology which includes the information and arguments that the author considers appropriate to do so and a conclusion that proffers a proposal, an assessment or a final deliberation.

11. The use of the following system in terms of the aforementioned bibliography is recommended:

Surnames, Name, «Article title», *Magazine or Book title* (if the title of the magazine is an acronym, it must not be written in italics), volume no., city of publication, publisher, year of publication, affected pages.

12. The citing of laws should follow the following model (or the usual model of citation in each legal framework):

Ex.: Law 1 /1998, of 7 January, on Political Linguistics.

Ad.: Hizkuntza Politikari buruzko urtarrilaren 7ko 1/1998 Legea.

13. The acronyms should be written without dots, e.g. LPL. The first reference to an acronym that appears in an article even if it is a little known acronym should always be written in full, followed by the abbreviation in parentheses after that first full reference,

14. The JADO magazine publishes the texts in the original languages, if it deals with articles written in Spanish or Basque. Likewise, texts in French or English are accepted. Words, phrases and quotations which appear in a different language to that of the text should be written in italics.

Copies of the magazine are available to the public, in digital format at the following address: <http://www.avd-zea.com>.

15. The author or authors of the text assign to the Academy the exclusive reproduction rights of the published articles, including CD-ROMs, on the Internet or by any other IT medium, as well as its inclusion into databases. The published texts will be paid an amount that is set by the Academy and each author will receive five copies of the Magazine.

16. The Publishing Committee will decide which papers are published on the basis of an evaluation system that in the case of studies shall be a blind evaluation carried out by external reviewers who are unaware of the identity of the author or authors. The evaluation shall take into account the following criteria: quality and precision of the arguments raised; the timeliness and relevance of the article; and the creativity, methodology, proposals and contributions.

Authors will be notified of the decision with regards to publication (where appropriate, subject to the introduction of changes with respect to the original version) or otherwise of the papers submitted, within a period of less than 6 months.

The papers will be published as “Field Studies” or as “Explanatory notes” according to its nature and length. The authors of the texts accepted for publication may be required to correct the printing proofs, which must be returned within 10 days. Submitted originals that are rejected as not suitable for publication will not be returned to the author, nor will correspondence be entered into with same.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA
VASCA DE DERECHO*
ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIAREN ARGITALPENAK*
PUBLICATIONS LIST OF THE
BASQUE ACADEMY OF LAW

* El catálogo de publicaciones de la Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia se halla disponible, igualmente, en www.avd-zea.com.

Zuzenbidearen Euskal Akademiaren argitalpen-katalogoa eskura dago, halaber, www.avd-zea.com webgunean.

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA

VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, noviembre de 2006, 188 págs.
- Boletín nº 11, diciembre de 2006, 198 págs.
- Boletín nº 12, marzo de 2007, 224 págs.
- Boletín nº 13, septiembre de 2007, 232 págs.
- Boletín nº 14, diciembre de 2007, 192 págs.
- Boletín nº 15, junio de 2008, 254 págs.
- Boletín nº 16, septiembre-diciembre de 2008, 336 págs.
- Boletín nº 17, septiembre de 2009, 346 págs.
- Boletín nº 18, diciembre de 2009, 324 págs.
- Boletín nº 19, mayo de 2010, 420 págs.

- Boletín nº 20, diciembre de 2010, 300 págs.
- Boletín nº 21, mayo de 2011, 313 págs.
- Boletín nº 22, diciembre de 2011, 301 págs.
- Boletín nº 23, junio de 2012, 404 págs.
- Boletín nº 24, junio de 2013, 372 págs.
- Boletín nº 25, diciembre de 2013, 528 págs.
- Boletín extraordinario nº 1, diciembre de 2004, 222 págs. Jornada sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.
- Boletín extraordinario nº 2, junio de 2006, 112 págs. Jornada sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- Boletín extraordinario nº 3, diciembre de 2006, 192 págs. Jornada sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.
- Boletín extraordinario nº 4, junio de 2007, 254 págs. Jornada “Hacia la primera Ley Civil Vasca”.
- Boletín extraordinario nº 5, marzo de 2008, 144 págs. Jornada “El proyecto de Ley Civil Vasca: cuestiones prácticas”.

COLECCIÓN ABEURREA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.
3. *El Derecho Vasco.* Por Jesús Galíndez; con introducciones de Adrián Celaya Ibarra y Santiago Larrazabal Basañez. XXVI + 232 págs.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Por Adrián Celaya Ibarra. 285 págs.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Por Javier Dívar Garteiz-Aurrecoa, 136 págs.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Por Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga y Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 págs.

7. *No excediendo sino moderando*. Por Jody Guetta. 198 págs.
8. *Las ordenanzas de Bilbao de 1593*. Por Andrés E. de Mañaricua. V + 116 págs.
9. *The Biscayan tradition and its place in western political theory*. Por José María Ramón de Gamboa. 213 págs.
10. *El Estado plurinacional*. Por J. Gabriel de Mariscal. 259 págs.
11. *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar*. Por Peter G. Stein. 170 págs.
12. *Código, Compilación y Fuero Civil*. Por Andrés M. Urrutia. 322 págs.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO (REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXX + 676 págs.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1902)*, con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, XXVI + 277 págs.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*, por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, XIX + 137 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*, por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre (1899)*, por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*, por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 págs.
7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, con textos de Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda y la Sociedad de Economía Social de París. Con una introducción y comentarios de Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.

8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones* (1916), por Fernando de la Quadra Salcedo, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra y una semblanza biográfica por Ángel M^a Ortiz Alfau. 2^a edición, 1899. XX + 264 págs.
9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, por Álvaro Navajas Laporte, con una introducción de José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 págs.

COLECCIÓN LANBIDEAK

1. *Becas: Una cuestión de contornos*, por Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 págs.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*, por Iñaki Alonso Arce, 454 págs.
3. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*, por Jesús-Javier Fernández de Bilbao y Paz, 368 págs.
4. *Diccionario Terminológico de Derecho civil foral vasco. Con equivalencias en lengua francesa y en lengua vasca*, por Andrés M. Urrutia Badiola, 219 págs.

OTRAS OBRAS EN LAS QUE HA COLABORADO LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- *Dufau bi anaiak*, por Henri Duhau, con una introducción de Andrés Urrutia, publicado por Elkar, 356 págs.
- *Propuesta de Ley civil vasca*, por la Academia Vasca de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia. Bilbao, 2012.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK

ALDIZKARIA

- 0. zk., 2003ko ekaina, 48 or. Akademiaren barne-araudia dakar.
- 1. zk., 2003ko azaroa, 72 or.
- 2. zk., 2004ko ekaina, 88 or.
- 3. zk., 2004ko iraila, 100 or.
- 4. zk., 2004ko abendua, 110 or.
- 5. zk., 2005eko martxoa, 112 or.
- 6. zk., 2005eko ekaina, 120 or.
- 7. zk., 2005eko iraila, 152 or., euskaraz oso-osorik.
- 8. zk., 2005eko abendua, 176 or.
- 9. zk., 2006ko martxoa, 184 or.
- 10. zk., 2006ko azaroa, 188 or., euskaraz oso-osorik.
- 11. zk., 2006ko abendua, 198 or.
- 12. zk., 2007ko martxoa, 224 or.
- 13. zk., 2007ko iraila, 232 or., euskaraz oso-osorik.
- 14. zk., 2007ko iraila, 192 or.
- 15. zk., 2008ko ekaina, 254 or.
- 16. zk., 2008ko iraila-abendua, 336 or.
- 17. zk., 2009ko iraila, 346 or.
- 18. zk., 2010eko martxoa, 324 or.
- 19. zk., 2010eko maiatza, 420 or.
- 20. zk., 2010eko abendua, 300 or.
- 21. zk., 2011ko maiatza, 313 or.

- 22. zk., 2011ko abendua, 301 or.
- 23. zk., 2012ko ekaina, 404 or.
- 24. zk., 2013ko ekaina, 372 or.
- 25. zk., 2013ko abendua, 528 or.
- 1. zenbaki berezia, 2004ko abendua, 222 or. Gaia: Oinordetza-zuzenbidea: Testamentu-ahalorea eta Kode Zibilaren 831. artikuluko arauketa berria.
- 2. zenbaki berezia, 2006ko ekaina, 112 or. Gaia: Europako Kooperatiba-Sozietatearen Estatutua ezartzea.
- 3. zenbaki berezia, 2006ko abendua, 192 or. Gaia: Emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasunari buruzko euskal legea.
- 4. zenbaki berezia, 2007ko ekaina, 254 or. Gaia: Euskal Lege Zibil Berria.
- 5. zenbaki berezia, 2008ko martxoa, 144 or.; gaia: Euskal Lege Zibilaren proiektua: arazo praktikoak.

ABEURREA BILDUMA

1. *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 500 or.
2. *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 342 or.
3. *El Derecho Vasco.* Egilea: Jesús Galindez; sarrerak: Adrián Celaya Ibarra eta Santiago Larrazabal Basañez, XXVI + 232 or.
4. *Los Fueros de Bizkaia.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra. 285 or.
5. *El Consulado de Bilbao y sus ordenanzas de Comercio de 1737.* Egilea: Javier Divar Garteiz-Aurrecoa, 136 or.
6. *José Miguel Azaola. El genio personalista.* Egileak: Adrián Celaya Ibarra, Juan Aguirre, Miguel Unzeta Uzcanga eta Alfonso C. Sanz Valdivieso. 272 or.
7. *No excediendo sino moderando.* Egilea: Jody Guetta. 198 or.
8. *Las ordenanzas de Bilbao de 1593.* Egilea: Andrés E. de Mañaricua. V + 116 or.

9. *The Biscayan tradition and its place in western political theory*. Egilea: José María Ramón de Gamboa. 213 or.
10. *El Estado plurinacional*. Egilea: J. Gabriel de Mariscal. 259 or.
11. *Zuzenbide erromatarra, Europaren historian zehar*. Egilea: Peter G. Stein. 170 or.
12. *Código, Compilación y Fuero Civil*. Egilea: Andrés M. Urrutia. 322 or.

EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK BILDUMA (FAK-SIMIL ITXURAN ARGITARATUAK)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*. Egilea: Rodrigo Jado y Ventades; 1923an agertutako bigarren edizioaren berrargitalpena; sarrera: Adrián Celaya Ibarra; XXX + 676 or.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1902)*; sarrera: Andres Urrutia Badiola, XXVI + 277 or.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*. Egilea: Luis Chalbaud; sarrera: Javier Chalbaud, XIX + 137 or.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*. Egilea: José Solano y Polanco; sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente, XXXII + 376 or.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya en lo civil dentro y fuera del Señorío de aquel nombre (1899)*. Egilea: Carlos de la Plaza y Salazar; liburuki bi ale bakar batean; sarrera: Adrián Celaya Ibarra, XXXI + 250 + 288 or.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*. Egilea: Diego Angulo Laguna; sarrera: José M^a Arriola Arana, XXVIII + 275 or.
7. *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*; Testuak: Antonio de Trueba, Miguel de Unamuno, Ángel Allende Salazar, Manuel Lecanda eta “Sociedad de Economía Social de París”; Sarrera eta iruzkinak: Adrián Celaya Ibarra, 232 or.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones (1916)*. Egilea: Fernando de la Quadra Salcedo; Sarrera: Adrián Celaya Ibarra; Biografia laburra: Ángel M^a Ortiz Alfau. 2, argitaraldia, 1899. XX + 264 or.

9. *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*. Egilea: Álvaro Navajas Laporte; sarrera: José María M. Aycart Orbegozo, XIX + 290 or.

LANBIDEAK BILDUMA

1. *Becas: Una cuestión de contornos*. Egilea: Francisco Javier Arrieta Idiakez. 135 or.
2. *El respaldo europeo al Concierto Económico Vasco*. Egilea: Iñaki Alonso Arce, 454 or.
3. *Manual práctico de Derecho Civil Vasco*. Egilea: Jesús-Javier Fernández de Bilbao y Paz, 368 or.
4. *Diccionario Terminológico de Derecho civil foral vasco. Con equivalencias en lengua francesa y en lengua vasca*. Egilea: Andrés M. Urrutia Badiola, 219 or.

AVD-ZEA-REN LAGUNTZAZ ARGITARATUTAKO LANAK

- *Dufau bi anaiak*. Egilea: Henri Duhau; sarrera: Andres Urrutia; argitaletxea: Elkar, 356 or.
- *Propuesta de Ley civil vasca*. Egileak: Zuzenbidearen Euskal Akademia eta Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsua. Bilbo, 2012.

