

R E V I S T A
C A T A L A N A
DE
DRET PRIVAT

Volum 28, 2023

SOCIETAT
CATALANA
SCEJ
D'ESTUDIS
JURÍDICS
FILIAT DE L'INSTITUT
D'ESTUDIS CATALANS



Institut
d'Estudis
Catalans

R E V I S T A
C A T A L A N A
DE
DRET PRIVAT

COMITÈ EDITORIAL

Josep M. Vilajosana i Rubio
Mariona Serdà Cabré
Francesc Torrent Cufí
Josep Cruanyes i Tor
Jordi Pujol Moix
Xavier Genover i Huguet
Pilar Rebaque Mas
Oriol Sagarra i Trias
Josep Serrano Daura

COMITÈ CIENTÍFIC

Lidia Arnau Raventós (UB) (directora)
Antoni Vaquer Aloy (UdL)
Pedro del Pozo Carrascosa (URV)
Susana Navas Navarro (UAB)
María del Carmen Gete-Alonso (UAB)
Ferran Badosa Coll (UB)
Esther Arroyo Amayuelas (UB)
Santiago Espiau Espiau (UB)
Juana Marco Molina (UB)
Joan Egea Fernández (UPF)
Esther Farnós Amorós (UPF)
Esteve Bosch Capdevila (URV)
Sergio Nasarre Aznar (URV)
Jordi Ribot Igualada (UdG)
M. Dolors Gramunt Fombuena (UB)
Carles Florensa i Tomàs (UdL)
Elena Lauroba Lacasa (UB)
Miquel Martín Casals (UdG)
Joan-Maria Raduà Hostench (ICAB)

R E V I S T A
C A T A L A N A
DE
DRET PRIVAT

Volum 28, 2023

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2023

Amb la col·laboració de:



Aquesta revista és accessible en línia des de la pàgina <http://publicacions.iec.cat>.

© dels autors
Editat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics,
filial de l'Institut d'Estudis Catalans
Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Primera edició: juliol de 2024

Compost per T.G.A., SL
Imprès a T.G.A., SL

ISSN (ed. impresa): 1695-5633
ISSN (ed. digital): 2013-9993
Dipòsit legal: B 47896-2002



Els continguts de la REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari en el text, en les fotografies o en altres il·lustracions— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>. Així, doncs, s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci ús comercial ni cap obra derivada.

TAULA

ESTUDIS

Algunas consideraciones en torno a una regulación unitaria de los derechos reales de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña,
per Santiago Espiau Espiau 9

El pacte de substitució de la renda per obres en l'Avantprojecte d'incorporació de l'arrendament de béns al Codi civil de Catalunya,
per Rosa M. Garcia Ternel 75

Habitatge sostenible, consumidor vulnerable i resolució alternativa de conflictes,
per Isabel Viola Demestre 103

El principi de legalitat en vista de l'arbitratge de consum: música celestial?,
per Rosa Barceló Compte i Yaiza Moreno 119

Digital sobriety in the building sector, the french law paradigm,
per Asimina Tsalpatourou 173

JURISPRUDÈNCIA

Lliurament i compliment de llegats: pretensions i prescripció,
per Lúdia Arnau Raventós 185

El control de contingut de clàusules que incorporen normes dispositives: una retrospectiva arran de la sentència Všeobecná Úverová Banka,
per Antoni Mut Piña 209

CRÒNIQUES

- Jornada «Cooperatives, crèdit i prestadors vulnerables en la Directiva de crèdits immobiliaris», coordinada per Miriam Anderson i Esther Arroyo (Universitat de Barcelona),
per Enrique Peruga Pérez 221

RESSENYES

- A. Font i Segura, J. J. Fontanellas Morell, M. Gardeñes Santiago i G. Garriga Suau, (coords.), *Lliçons de dret internacional privat*, amb pròleg de J. J. Forner Delayga, Barcelona, Atelier Llibres Jurídics, 2023,
per M. Esperança Ginebra Molins 227
- Bartolomé Bibiloni Guasp, *Manual civil y fiscal de los pactos sucesorios en el derecho civil de las Illes Balears*, València, Tirant lo Blanch, 2023, 871 pàgines,
per Francesca Llodrà Grimalt 234

ESTUDIS

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA REGULACIÓN UNITARIA DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA¹

Santiago Espiau Espiau
Catedrático de derecho civil
Universidad de Barcelona

Resumen

El presente estudio propone establecer una regulación unitaria de los derechos de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña, unificando el actual régimen jurídico que el legislador ha dedicado, por una parte, a los derechos de tanteo y de retracto de origen voluntario y, por otra, a determinados derechos de tanteo y de retracto de origen legal y de origen voluntario, circunstancia que origina repeticiones pero que también suscita dudas. En este sentido, se fijan y se analizan las cuestiones que pueden ser objeto de esta regulación unitaria, fundamentalmente las que se refieren al presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, a los requisitos de este ejercicio y a los efectos reales que derivan del mismo, y en este último punto se distingue entre la eficacia real de la preferencia y la eficacia real de la facultad adquisitiva, que se predicen tanto del derecho de tanteo como del derecho de retracto.

Palabras clave: derechos reales de adquisición, derecho de tanteo, derecho de retracto, regulación unitaria, presupuesto y requisitos de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, eficacia real derivada del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto.

1. El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación PID-2021-126857NB-I00. El autor también pertenece al Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 00347).

ALGUNES CONSIDERACIONS A L'ENTORN D'UNA REGULACIÓ UNITÀRIA DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ PREFERENT EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Resum

Aquest estudi proposa establir una regulació unitària dels drets d'adquisició preferent en el Codi civil de Catalunya, unificant el règim jurídic actual que el legislador ha dedicat, d'una banda, als drets de tanteig i retracte d'origen voluntari i, de l'altra, a determinats drets de tanteig i de retracte d'origen legal i d'origen voluntari, circumstància que origina repeticions però també suscita dubtes. En aquest sentit, es fixen i s'analitzen les qüestions que poden ser objecte d'aquesta regulació unitària, fonamentalment les que fan referència al pressupòsit d'exercici dels drets de tanteig i de retracte, als requisits d'aquest exercici i als efectes reals que se'n deriven, i en aquest darrer punt es distingeix entre l'eficàcia real de la preferència i l'eficàcia real de la facultat adquisitiva, que es prediquen tant del dret de tanteig com del dret de retracte.

Paraules clau: drets reals d'adquisició, dret de tanteig, dret de retracte, regulació unitària, pressupòsit i requisits d'exercici dels drets de tanteig i de retracte, eficàcia real derivada de l'exercici dels drets de tanteig i de retracte.

SOME CONSIDERATIONS AROUND A UNITARY REGULATION OF REAL RIGHTS OF PREFERRED ACQUISITION IN CIVIL CODI OF CATALONIA

Abstract

This study advocates for the establishment of a comprehensive regulatory framework for rights of first refusal with a proprietary nature in the Civil Code of Catalonia. The objective is to streamline the existing legal provisions dedicated, on the one hand, to voluntary rights of first refusal and re-purchase, and, on the other hand, to specific rights of first refusal and repurchase arising from both legal and voluntary sources. This structure results in certain redundancies, and it also gives rise to uncertainties. Within this framework, the study specifies what aspects should be included in this unified regulation, which mainly concern the triggers and conditions governing the exercise of such rights, the prerequisites for said exercise and the proprietary effects thereof. The latter requires drawing a distinction between the proprietary effect of the preference and that of the right to acquire that both the right of first refusal and the right to repurchase grant their holders.

Keywords: real rights of first refusal, right to repurchase, unified regulation, triggers and prerequisites for the exercise of rights of first refusal and rights to repurchase, proprietary effects of the exercise of rights of first refusal and rights to repurchase.

Sumario: 1. Introducción; 2. La regulación general de los derechos de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña; 2.1. El derecho de tanteo; 2.2. El derecho de retracto; 3. La regulación específica de los concretos derechos de adquisición preferente recogidos en el Código civil de Cataluña; 3.1. Los derechos de tanteo y de retracto del nudo propietario; 3.2. Los derechos de tanteo y de retracto en las situaciones de comunidad; 3.3. El derecho de adquisición preferente del propietario temporal; 3.4. El *dret de fadiga* en el censo enfitéutico; 3.5. Los derechos de tanteo y de retracto del arrendatario rústico; 3.6. El derecho de retracto del propietario colindante; 3.7. El *dret de torneria*; 4. Hacia una regulación unitaria de los derechos reales de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña; 4.1. El presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto: la enajenación onerosa; 4.2. El ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.2.1. El plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.2.2. El *dies a quo* del plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.3. Los efectos reales derivados del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.3.1. La eficacia real de la preferencia; 4.3.2. La eficacia real de la facultad adquisitiva; 4.3.2.1. La eficacia real adquisitiva del derecho de tanteo; 4.3.2.2. La eficacia real adquisitiva del derecho de retracto.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat) regula los denominados *derechos de adquisición* en el libro v, dedicado a los derechos reales,² y, más concretamente, en el capítulo VIII («Els drets d'adquisició») de su título VI («Dels drets reals limitats»). Dentro de este capítulo, el legislador considera como derechos reales de adquisición *típicos* la opción, el tanteo, el retracto y el derecho a redimir en la venta a carta de gracia (cfr. art. 568-1 CCCat).³ Esta ubicación sistemática obedece a la consideración de los derechos de adquisición como derechos reales limitados y se adecúa a la concepción tradicional que entiende que estos derechos otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre un bien ajeno, el cual le faculta para imponer

2. Aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; con posterioridad, la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, adiciona e incorpora a la regulación de los derechos reales de adquisición la correspondiente al derecho a redimir en la venta a carta de gracia.

3. Como se apunta en la nota anterior, la referencia al derecho a redimir no se recogía en la redacción originaria del artículo 568-1 CCCat, así como tampoco la regulación específica que le dedican los artículos 568-28 a 568-32 CCCat, que se introducen con la Ley 3/2017.

a su propietario la transmisión a su favor del derecho de propiedad que este ostenta sobre el bien.⁴

La naturaleza real de los derechos de adquisición se manifiesta, pues, en que esta imposición que afecta al propietario del bien sobre el que recaen constituye una restricción a su poder de disposición, y no una obligación en virtud de la cual asuma la prestación de entregar el bien sobre el que ostenta el derecho de propiedad, sin perjuicio de que esta obligación exista cuando el derecho de adquisición sea de naturaleza personal.⁵ Parafraseando lo dispuesto en el artículo 545-4.2 CCCat, las limitaciones

4. Así suele considerarlos, en efecto, la doctrina; cfr., por ejemplo, Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 7a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, 2023, p. 497-532; Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», en M. del Carmen GETE-ALONSO y CALERA y Judith SOLÉ RESINA (coord.), *Derechos reales de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 549-574. El profesor Bosch Capdevila ha prestado especial atención a los derechos de adquisición, primero en su regulación por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servitud y de adquisición voluntaria o preferente, y después en su regulación por el Código civil, y les ha dedicado numerosos trabajos: así, entre otros, *Opción, tanteo y retracto: La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid, Marcial Pons, 2004; COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 603-693, comentario de los artículos 19-35 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre; DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, Barcelona, Dykinson, 2008, p. 1704-1746, comentario de los artículos 568-13 a 568-20 CCCat.

5. La Ley 22/2001, de donde procede la regulación vigente del capítulo VIII del título VI, aludía ya a la doble naturaleza —real o personal— de los derechos de adquisición: «Els drets d'adquisició poden tenir naturalesa real o personal» (art. 20 de la Ley 22/2001, «Naturalesa», que regula tanto unos como otros). Ahora, en el Código civil, aunque no existe un precepto que aluda expresamente a esta naturaleza, las referencias a «els drets reals d'adquisició» (art. 568-2.1 CCCat), al «dret real d'opció» (art. 568-8.1 CCCat) o al «dret real de tanteig» (art. 568-13.1 y 568-15.1 CCCat) —y destacamos esta calificación, ociosa en un libro dedicado exclusivamente a la regulación de los derechos reales— presuponen la eventual existencia de estos derechos con naturaleza personal, por más que se haya omitido su regulación y se haya derogado la Ley 22/2001 (disposición derogatoria, ap. e de la Ley 5/2006).

Evidentemente y centrándonos en los denominados *derechos de adquisición preferente*, constituidos por los derechos de tanteo y de retracto, las consecuencias que derivan de uno y otro supuestos son radicalmente distintas: en el primer caso, dado que el derecho de adquisición es de naturaleza real, su titular ostenta un poder directo e inmediato sobre el bien que es objeto de su derecho, mientras que, si es de naturaleza personal, su titular ostenta un derecho de crédito frente al propietario del bien que le faculta para exigir a este su entrega. De ahí que, presupuesto que —como norma general— el ejercicio de los derechos de adquisición preferente se condiciona a la existencia de una enajenación onerosa, si el propietario transmite a título gratuito su derecho de propiedad gravado con un derecho de adquisición real a un tercero, este lo adquiere con el gravamen que recae sobre el mismo y asume los derechos de tanteo y de retracto que le afectan, mientras que si la transmisión gratuita se refiere a un derecho de propiedad cuyo titular ha constituido un derecho de adquisición personal en favor de otro sujeto, el adquirente recibe la propiedad libre de gravámenes y no asume ninguna obligación frente al titular del derecho de adquisición personal. Y, en caso de incumplimiento o lesión del derecho de adquisición, cuando se constituye un derecho de tanteo de naturaleza real, si el propietario transmite a título oneroso su derecho de propiedad a un tercero, la transmisión es atacable y el adquirente se convierte en un propietario que puede verse privado de su de-

impuestas al ejercicio de las facultades del derecho de propiedad pueden constituir derechos limitados y, en este sentido, las restricciones al poder de disposición del propietario tienen como contrapartida los derechos reales de adquisición.⁶ Con todo, cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede con otros límites o limitaciones del derecho de propiedad, estas restricciones no ocasionan un perjuicio patrimonial a su titular, puesto que, al enajenarlo y transmitirlo, recibe el valor económico que él mismo ha asignado —unilateralmente o de acuerdo con el titular del derecho real de adquisición— a su derecho.

Dentro de la categoría de los «drets d'adquisició» regulados en el CCCat, los derechos de tanteo y de retracto presentan, junto a las características comunes de ser *derechos reales*⁷ y *derechos reales limitados*, otras dos particularidades que los individualizan y los distinguen de los derechos de opción y de redimir en la venta a carta de gracia. La primera característica específica, de carácter sustantivo, es que los derechos de tanteo y de retracto se vinculan a un negocio de disposición o de enajenación orientado a la transmisión a favor de un tercero del derecho de propiedad gravado con el derecho de adquisición. La enajenación puede ser una enajenación meramente proyectada o puede haberse consumado: en el primer caso, el derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir a títol onerós un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» (art. 568-1.1b CCCat); en el segundo, el derecho de retracto «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1c CCCat). En ambos supuestos, la existencia del negocio de enajenación —proyectado o consumado— presupone la presencia de un tercero —adquirente eventual o adquirente efectivo— respecto del cual el titular

recho de propiedad, porque el titular del derecho de adquisición —que cumpla con los requisitos de oponibilidad— puede hacerlo valer (ahora como derecho de retracto) contra él. En cambio, cuando el derecho de tanteo es de naturaleza personal, si el propietario transmite a título oneroso a un tercero, la transmisión es plenamente eficaz, el adquirente se convierte en un propietario cuyo derecho de propiedad es inatacable y el titular del derecho de adquisición no puede hacerlo valer frente a él, de modo que puede tan solo ejercitar una pretensión de rescimiento frente al propietario por incumplimiento obligatorio.

6. La afirmación del artículo 545-4.2 CCCat «[l]es limitacions voluntàries [a l'exercici de les facultats que comporta el dret de propietat] constitueixen els drets reals limitats» exige alguna precisión: por una parte, no siempre estas limitaciones constituyen derechos reales limitados, pues una prohibición de disponer, por ejemplo, no los origina necesariamente; y, por otra, los derechos reales limitados no siempre se vinculan a limitaciones voluntarias de las facultades dominicales, dado que existen, por supuesto, derechos limitados legales, en los cuales la restricción de dichas facultades es asimismo legal.

7. Como se acaba de apuntar en la anterior nota 4, el Código civil regula exclusivamente los derechos de adquisición de naturaleza real, y, si bien no niega necesariamente la existencia de los de naturaleza personal, ha omitido de momento —cabe recordar que el libro VI, dedicado a las obligaciones y los contratos, está incompleto— su regulación, dado que se había derogado la recogida en la Ley 22/2001. Con todo, pueden establecerse al amparo del principio de libertad civil y autonomía de la voluntad que rige en el ordenamiento jurídico catalán (art. 111-6 CCCat).

del derecho de tanteo o del derecho de retracto tiene, en cualquier caso, preferencia: de ahí que estos derechos se califiquen como «drets d'adquisició preferent» (cfr., p. ej., art. 547-5c, 561-10, 563-4, 564-4.5, 623-8.2 o 623-37 CCCat), preferencia que, en cambio, no se predica de los derechos de opción y de redimir, en la medida en que sus titulares son los únicos eventuales adquirentes del derecho de propiedad gravado con el derecho de adquisición. La segunda característica específica de los derechos de tanteo y de retracto, dentro de los «drets d'adquisició», es de carácter formal y hace referencia a su origen, que puede no solo ser voluntario (art. 568-1.1 CCCat), sino también legal (art. 568-1.2 CCCat), mientras que los derechos de opción y de redimir en la venta a carta de gracia —que no deja de ser una modalidad de opción (cfr. art. 568-28 CCCat)— son siempre de origen voluntario.⁸

Conviene, con todo, hacer una precisión. Aunque los derechos de adquisición preferente se suelen vincular al derecho de propiedad y, en este sentido, se orientan a posibilitar la adquisición del mismo por parte del titular del tanteo o del retracto, cabe destacar que son también derechos de adquisición preferente los que, en determinados supuestos, se reconocen al propietario cuyo derecho está gravado con un derecho real limitado —usufructo, derecho de superficie, censo enfiteúutico—, de modo que el ejercicio del derecho de adquisición le permite extinguir el gravamen y adquirir de este modo una propiedad libre (cfr. art. 561-10 CCCat, por lo que respecta al nudo propietario; 564-4.5 CCCat, con relación al dueño cuya propiedad está gravada con un derecho de superficie; y 565-23 CCCat, con relación al censatario).

Pues bien, presupuesto todo lo anterior, por lo que respecta a los derechos de tanteo y de retracto y a partir de su doble consideración como «drets d'adquisició voluntaris» (art. 568-1.1 CCCat) y como «drets d'adquisició legals en els casos en què ho estableix aquest codi», en cuyo caso «es regeixen per la norma sectorial específica corresponent» (art. 568-1.2 CCCat),⁹ en el Código civil de Cataluña coexisten una

8. Cuestión matizable por lo que respecta al derecho a redimir, si se considera la venta a carta de gracia como un contrato legalmente tipificado, distinto del contrato de compraventa. Sin embargo, el artículo 621-55 CCCat configura la venta a carta de gracia como un contrato de compraventa al que se adiciona por pacto el derecho a redimir, razón por la cual este derecho se califica como un derecho de adquisición voluntaria (art. 568-1.1d y 568-28 CCCat).

9. Las referencias a los derechos de tanteo y de retracto de origen legal y a su regulación que efectúa el artículo 568-1.2 CCCat requieren alguna precisión. En primer lugar, cabe recordar que los derechos de adquisición legales son los establecidos por la ley —civil o no, de derecho público o de derecho privado—, y no solo por el Código civil: basta pensar en los derechos de tanteo y de retracto a favor de la Administración en materia urbanística o en los derechos de adquisición preferente en la transmisión de participaciones sociales del artículo 107 del Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital. Y, en segundo lugar, cabe recordar asimismo que los derechos de adquisición legales no se rigen solo por «la norma sectorial específica corresponent» —afirmación que no resulta muy coherente con la anterior que vincula estos derechos al Código civil exclusivamente—, sino

regulación general para los derechos de adquisición preferente de origen voluntario y una regulación específica para determinados derechos de adquisición preferente de origen legal y de origen voluntario, con un régimen propio en cada caso, por más que, en ocasiones, el previsto para alguno de ellos se aplique a otros.¹⁰ Esta circunstancia obedece a que la codificación de los derechos reales de adquisición preferente se ha constituido, por una parte, a partir de las disposiciones que la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servitud y de adquisición voluntaria o preferente, dedicaba precisamente a estos últimos,¹¹ y, por otra parte, recogiendo los derechos de tanteo y de retracto previstos en la legislación anterior a la Ley 5/2006, a los que se añaden los que el propio Código regula por vez primera y los que incorpora con posterioridad. Ahora bien, a mi juicio, hubiera sido preferible establecer una regulación general, unitaria, sistemática y lo más completa posible de los derechos reales de adquisición preferente, prescindiendo de su origen legal o voluntario,¹² y a la que, en su caso, se remitiera el régimen jurídico de los concretos derechos de adquisición a los que el legislador atribuyera una regulación específica, máxime atendida la supletoriedad del Código como *derecho general* respecto de la legislación civil especial y como *derecho común* (art. 111-4 CCCat) respecto de la legislación no civil —de derecho privado o de derecho público— en Cataluña.¹³

también, con carácter general, por la ley que los establece y, por lo tanto, por las disposiciones del propio Código cuando es este el que los recoge.

10. Así, por ejemplo, los derechos de adquisición preferente del propietario cuyo derecho de propiedad está gravado con un derecho de aprovechamiento parcial se rigen por las mismas normas que regulan los derechos de tanteo y de retracto del nudo propietario en caso de transmisión del usufructo (art. 563-4 CCCat); la regulación de los derechos de tanteo y de retracto de los copropietarios se aplica a los coherederos (art. 463-6 CCCat) y a los titulares de la propiedad compartida (art. 556-10 CCCat); o, en fin, las normas del *dret de fadiga* del censo enfitéutico (art. 564-4.5 CCCat) son de aplicación supletoria a los derechos de adquisición preferentes pactados por el propietario y el superficiario.

11. Posiblemente hubiera sido mejor aludir solo a los «drets d'adquisició voluntària», dentro de los cuales ya se incluyen los de carácter «preferent». Por lo que respecta a la regulación establecida por la ley, el legislador optó expresamente por prescindir de los derechos de adquisición preferente o de prelación de origen legal y de los llamados *retractos legales*: cfr. preámbulo de la Ley 22/2001, par. 27.

12. Teniendo en cuenta, además, la naturaleza esencialmente dispositiva de los preceptos que regulan los derechos de adquisición preferente de origen legal: cfr., por ejemplo, los artículos 561-9.2, 552-4.1 y 4, 556-10 o 565-23.1 CCCat, con relación al censalista, por lo que a este último artículo respecta. Todo ello, sin desconocer las diferencias que, en su caso, determina el origen legal o voluntario de los derechos de adquisición, a las que debería aludirse también en esta regulación general unitaria.

13. Cfr. preámbulo de la Ley 5/2006, ap. II, par. 5. La función de *derecho común* que desarrollan los preceptos del Código civil tiene especial trascendencia en este ámbito con relación a los derechos de tanteo y de retracto atribuidos a la Administración pública —autonómica y municipal— en materia urbanística, con la finalidad de constituir o incrementar el patrimonio público de suelo y vivienda: cfr. las disposiciones contenidas al respecto en los artículos 15 y 87-91 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, 172-174 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, 2 del Decreto ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes

Teniendo en cuenta todo ello, el presente trabajo se orienta a tratar de establecer las cuestiones —fundamentalmente, las que se refieren al presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, a los requisitos de este ejercicio y a los efectos reales que derivan del mismo— que pueden ser objeto de esta regulación general unitaria y, en su caso, susceptible de aplicación supletoria —en defecto de pacto o de disposición del titular del derecho gravado— a los derechos de adquisición preferente de origen voluntario y, por remisión, a los derechos legalmente tipificados en particular, evitando las repeticiones o reiteraciones, pero también las dudas, que se originan a partir del régimen jurídico actual de unos y de otros.

2. LA REGULACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

La regulación general de los derechos de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña se recoge en las «disposicions generals» de los «drets d'adquisició» (sección primera, capítulo VIII, título VI: art. 568-1 a 568-4 CCCat) y de los «drets d'adquisició voluntària» (subsección primera, sección segunda, capítulo VIII, título VI: artículos 568-5 a 568-7 CCCat), así como en los preceptos dedicados a los «drets voluntaris de tanteig i retracte» (subsección tercera, sección segunda, capítulo VIII, título VI: art. 568-13 a 568-15 CCCat).¹⁴

Como ya se ha indicado, esta regulación se predica de los derechos de adquisición y de los derechos de tanteo y de retracto, destacando su origen *voluntario* pero sin aludir —por lo que respecta a estos dos derechos— a su carácter *preferente*, que, en cualquier caso, se desprende de la definición legal que del tanteo y del retracto esta-

para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, o en el Edicto de 14 de diciembre de 2018 por el que se hace público el Acuerdo de 5 de diciembre de 2018 de la Subcomisión de Urbanismo del municipio de Barcelona, «Modificació del Pla General Metropolità per a la declaració d'àrea de tanteig i retracte a la ciutat de Barcelona», disposiciones sobre las que se ha pronunciado en diversas ocasiones la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, entre otras, en sus resoluciones de 21 de noviembre de 2017, 12 de marzo de 2020, 11 de junio de 2020, 22 de diciembre de 2020, 4 de febrero de 2021 y, recientemente, 19 de julio de 2023, atendiendo a una consulta formulada por el Colegio Notarial de Cataluña sobre los derechos de adquisición preferente de la Administración en la transmisión onerosa de bienes inmuebles.

14. Sobre la regulación general de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en el Código civil, cfr. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario de los artículos 568-1 a 568-12 CCCat», y Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario de los artículos 568-13 a 568-15 CCCat», ambos en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, p. 1662-1703 y p. 1703-1723, respectivamente; véase, también, Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 549-574.

blece el artículo 568-1.1*b* y *c* CCCat.¹⁵ Ahora bien, el origen voluntario de estos derechos no es obstáculo para que su regulación —en buena medida supletoria y aplicable en defecto de pacto entre el propietario del bien y el titular del derecho de adquisición preferente (cfr., p. ej., art. 568-6*a*, 568-13, 568-14.1 y 4 o 568-15.2 CCCat)— pueda extenderse a los derechos de tanteo y de retracto de origen legal, en particular a los que se rigen por el Código y por las leyes civiles, atendido el principio de libertad civil que inspira uno y otras (cfr. art. 111-6 CCCat) y, en consonancia con ello, el carácter dispositivo de gran parte de sus disposiciones. En este sentido, por lo tanto, la regulación general de los derechos voluntarios de adquisición preferente —derechos de tanteo y de retracto— puede constituir, también, la regulación general unitaria de *todos* estos derechos, con independencia de su origen.

El precedente de esta regulación —como se ha indicado— es la Ley 22/2001. Dado que esta ley se refiere exclusivamente a los derechos «d'adquisició voluntària o preferent», su artículo 19 solo tipifica como tales el derecho de opción y el derecho de tanteo,¹⁶ por lo que carece de autonomía, en cambio, el derecho de retracto, al configurarse este derecho —dentro de los derechos de adquisición voluntaria— «com una manifestació del dret de tanteig de naturalesa real»¹⁷ y al haber prescindido el legislador de regular los derechos de adquisición preferente y los retractos legales, los cuales sí pueden establecerse con independencia del dere-

15. Carácter preferente que, en cambio y como también se ha apuntado, se pone de relieve expresamente con relación a determinados supuestos concretos de tanteo y de retracto: por ejemplo, con relación a los que se pueden establecer en el título de constitución de la propiedad temporal (art. 547-5*c* CCCat) o los que pueden pactar el propietario y el superficiario (art. 564-4.5 CCCat). Dentro de los derechos de adquisición de origen legal, que son —como también se ha apuntado ya— en su mayoría de naturaleza esencialmente dispositiva, se destaca asimismo este carácter preferente en los que corresponden al nudo propietario (art. 561-9.2 y 561-10 CCCat), al propietario y al titular de un derecho real posesorio sobre una finca gravada con un derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-4 CCCat), o al censatario y al censalista (art. 565-23.1 CCCat).

16. Que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 22/2001 y como ya se ha apuntado, pueden tener naturaleza real o personal, pues ambos derechos son objeto de regulación separada, atendida su distinta naturaleza.

17. Cfr. preámbulo de la Ley 22/2001, par. 27, que añade a continuación: «[...] després que, precisament pel fet de no haver-se pogut exercir en el moment de la transmissió projectada, per causes imputables a l'atorgant o per manca de notificació al seu titular, ha tingut lloc el negoci transmissiu oneros, consumat, amb un tercer». Esta idea se recoge en los artículos 19*b* y 34 de la Ley 22/2001, preceptos que, en rigor, no aluden a la vinculación entre el derecho de retracto y el derecho de tanteo *real*. Ahora bien, esta vinculación es consubstancial a la naturaleza real del derecho de tanteo: si el derecho de retracto puede ejercitarse frente al adquirente, una vez producida la enajenación, es porque, dado que el tanteo es real, grava el derecho de propiedad y se transmite con él; la vulneración del derecho de tanteo de naturaleza *personal* origina un incumplimiento obligatorio, pero no comporta un derecho de retracto. Por otra parte, difícilmente cabe pensar en un derecho de retracto *personal* independiente, que, como mucho, se configuraría como una obligación asumida por el propietario de un bien del *hecho de un tercero* —el eventual adquirente del bien— que requiere, para su eficacia, el consentimiento de este último.

cho de tanteo, como así lo hace el Código civil al regular el retracto de colindantes (art. 568-16 a 568-20 CCCat) y la *torneria* (art. 568-21 a 568-26 CCCat).

En el Código civil, en cambio, el artículo 568-1.1c considera el retracto dentro de los derechos reales de adquisición voluntaria como un derecho independiente y el artículo 568-14.5 confirma que puede existir un derecho de retracto «desconnecat d'un dret de tanteig previ». Ciertamente y aunque su existencia parece que pueda suscitar en principio alguna duda, en la medida en que supone gravar un derecho de propiedad en perjuicio de un tercero —el eventual adquirente al que se transmite este derecho de propiedad y frente al cual el titular del derecho de retracto puede ejercitar su derecho—, el supuesto no deja de ser el mismo que se produce cuando se constituye cualquier gravamen —por ejemplo, un derecho de hipoteca o un derecho de opción— sobre el derecho de propiedad y este se enajena con posterioridad: el adquirente, que, si lo es a título oneroso, satisfará una contraprestación que tenga en cuenta la disminución de valor que supone el gravamen, lo adquiere con dicho gravamen, que puede hacerse valer —si cumplen los requisitos de oponibilidad— frente a él.¹⁸

2.1. EL DERECHO DE TANTEO

De acuerdo con el artículo 568-1.1b CCCat, el derecho real de tanteo de origen voluntario es el que «faculta el seu titular per a adquirir a títol oneros un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» (art. 568-1.1b CCCat). La definición del precepto no es demasiado explícita, más allá de considerar al titular del derecho real de tanteo como un eventual adquirente a título oneroso —si ejercita la facultad que se le confiere— preferente frente a otro adquirente, del que no se especifica si lo es efectivamente¹⁹ y sin hacer referencia tampoco al carácter oneroso o gratuito del negocio («condicions pactades») a través del cual se articula su adquisición.²⁰ Con todo, los demás preceptos que regulan el derecho de tanteo aclaran tanto una como otra cuestión.

18. La diferencia estriba en que normalmente el gravamen se ejercitará frente al propietario que lo ha constituido y, solo si este transmite el derecho de propiedad, frente al adquirente, mientras que en el caso del retracto su titular no podrá hacerlo valer si no se produce la transmisión del derecho de propiedad, y en ningún caso frente al propietario constituyente, sino única y exclusivamente frente al adquirente.

19. De hecho, la literalidad del precepto, al calificar a «l'altre adquirent» como tal, da a entender que la adquisición ya se ha producido y que este «altre adquirent» es el titular del derecho de propiedad gravado, por más que, en realidad y tal como se indica en el texto que sigue a continuación, los restantes preceptos dedicados al derecho de tanteo ponen de manifiesto que no es así.

20. Que el titular del derecho de tanteo ostente la facultad de adquirir a «títol oneros» no presupone necesariamente que la adquisición de «l'altre adquirent» se haya producido por medio de un negocio jurídico oneroso, puesto que es posible que el negocio transmisivo haya sido gratuito y el «títol oneros» se refiera al «valor del dret» que se pretende adquirir por medio del tanteo, como sucede con el derecho de

Por lo que respecta a «l'altre adquirent» frente al cual el titular del derecho de tanteo puede ejercitar su derecho de adquisición preferente, las referencias a la «transmissió projectada» (art. 568-14.2 CCCat) y al «acord de transmissió» (art. 568-7.2, 568-14.4 y 568-15.1 CCCat) revelan que ese «altre adquirent» no lo es realmente porque la transmisión no se ha consumado, por más que se haya perfeccionado el negocio jurídico por medio del cual es susceptible de materializarse.²¹ En este sentido, pues, el «altre adquirent», aunque no ostenta una titularidad real, es titular de un derecho de crédito, derivado del negocio transmissivo, en virtud del cual puede exigir al propietario —gravado con el derecho de tanteo— la entrega del bien y convertirse a su vez en propietario cuando esta se produzca. Ahora bien, este derecho de crédito presenta una particularidad: es un derecho provisional o claudicante, cuya subsistencia se condiciona a que el titular del derecho de tanteo no ejercite su derecho, puesto que en tal caso el negocio transmissivo —perfecto pero no consumado y sujeto a la condición resolutoria del no ejercicio del derecho de tanteo— se resuelve y con dicha resolución se extinguen los derechos de crédito que han nacido del mismo: el del propietario a recibir el precio o valor del derecho que pretende transmitir y el del adquirente a que se le entregue el bien sobre el que recae este derecho.

En cuanto al carácter oneroso o gratuito del negocio transmissivo a través del cual el propietario pretende enajenar su derecho de propiedad, que el negocio sea oneroso se desprende del concepto legal de *retracto* —cuya existencia implica, en su caso, el derecho de tanteo: artículo 568-15.1 CCCat— establecido en el artículo 568-1.1c CCCat, a tenor del cual el retracto opera una vez realizada la transmisión por medio de un «negoci jurídic oneros», y de lo dispuesto en el artículo 568-14 CCCat, en el sentido de que «[e]ls drets de tanteig, si no hi ha pacte, solament es poden exercir respecte a la primera transmissió onerosa» (apartado [ap.] 1) y de que «[l]es transmissions gratuïtes [...] no afecten el dret de tanteig» (ap. 3).²²

tanteo que se reconoce al nudo propietario en caso de transmisión gratuita del derecho de usufructo por parte de su titular (cfr. art. 561-10 CCCat).

21. La referencia al «acord de transmissió» pone de manifiesto que el negocio jurídico transmissivo entre el propietario y el «adquirent» ya existe y se ha perfeccionado como consecuencia de este «acord». No se trata de unos tratos preliminares, orientados a la celebración del negocio transmissivo en un momento posterior y que originan meras expectativas a favor de quienes intervienen en la negociación: en tal caso no procede el ejercicio del derecho de tanteo, que solo es posible si los tratos cristalizan en el «acord de transmissió». Con todo, y como se indica a continuación en el texto, el negocio transmissivo que se perfecciona como consecuencia de este acuerdo es un negocio sujeto a condición resolutoria, de manera que si la condición —el ejercicio del derecho de tanteo por su titular— se cumple, el negocio se resuelve y se extinguen los derechos que derivan del mismo. Esta circunstancia determina, por otra parte, que el ejercicio del derecho de tanteo que provoca la resolución y extinción del negocio transmissivo no constituye un supuesto de incumplimiento contractual del propietario frente al eventual adquirente, de modo que no nace pretensión indemnizatoria alguna a favor de este último.

22. Sin embargo, excepcionalmente y como se ha apuntado en la nota 19, el artículo 561-10 CCCat

La regulación legal configura el derecho de tanteo, pues, como un derecho de adquisición preferente que grava el derecho de propiedad que recae sobre un bien ajeno y que permite a su titular, cuando el propietario pretende transmitirlo a título oneroso a un tercero y celebra con él el correspondiente negocio transmisivo de eficacia obligatoria, provocar la resolución de este negocio y adquirir el derecho gravado con preferencia al tercero y en las mismas condiciones acordadas entre este y el propietario en el «acord de transmissió» para llevar a cabo la transmisión proyectada.

A partir de este concepto y centrándonos en las cuestiones que pueden ser objeto de una regulación general del derecho de tanteo, por lo que respecta a la primera de ellas —el presupuesto de ejercicio del mismo— constituye dicho presupuesto —como se acaba de apuntar— la existencia de una «transmissió onerosa» meramente proyectada, sin más especificación que la de que se articula por medio de un negocio jurídico oneroso («acord de transmissió»: art. 568-14.4 y 568-15.1 CCCat) perfeccionado pero no consumado.²³ Pero no se especifica, en cambio, qué clase o qué tipo de negocio jurídico oneroso permite el ejercicio del derecho de tanteo, razón por la cual cabe pensar que cualquier negocio oneroso —por ejemplo, compraventa, permuta, aportación a sociedad, dación en pago— a través del cual el titular del derecho de propiedad gravado con el derecho de tanteo haya acordado con un tercero la eventual transmisión de su derecho, faculta al titular del derecho de tanteo para ejercitarlo y hacerlo valer frente al tercero.²⁴

atribuye al nudo propietario el derecho de tanteo cuando el usufructuario «es propos[i] transmetre llur dret», no solo en el caso de transmisión onerosa, sino también en el de transmisión gratuita; véase, *infra*, el epígrafe 3.1.

23. El artículo 568-14.2 CCCat admite igualmente el ejercicio del derecho de tanteo en los supuestos en los que la transmisión vaya a realizarse mediante «subhasta judicial o extrajudicial», en cuyo caso el titular del tanteo ha de igualar el mejor precio ofrecido en la subasta.

24. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-13 CCCat», en DECANATO AUTÓNOMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, p. 1705, entiende, en cambio, que las transmisiones onerosas que posibilitan el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto son solo las que establecen una contraprestación fungible, es decir, susceptible de ser realizada no solo por el adquirente, sino también por el titular de dichos derechos. En el mismo sentido, Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 523, circunscriben la transmisión onerosa que constituye presupuesto de los derechos de tanteo y de retracto a aquella cuya contraprestación «puede consistir en una prestación de dar o de hacer, pero, en todo caso, es necesario que se trate de una prestación que tenga carácter fungible (art. 568-1.1 [CCCat])». Comparte también esta opinión Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 556:

La persona tanteante o retrayente adquiere en las mismas condiciones [...] que la tercera persona. Por tanto, ha de poder pagar la prestación establecida en el pacto o convenio (o subasta) de que se trate, lo que solo será posible si la prestación no es personalísima y, en el caso de bienes, si son fungibles. Ello impide el ejercicio del derecho cuando, por ejemplo, la prestación

La segunda cuestión que puede ser objeto de regulación general se refiere a los requisitos de ejercicio del derecho de tanteo por su titular, una vez constatada la existencia de la transmisión onerosa proyectada entre el propietario gravado y un tercero. Estos requisitos se refieren a la notificación fehaciente al titular del derecho de tanteo del «acord de transmissió entre el propietari o propietària del bé i una tercera persona i les seves condicions» (art. 568-14.4 CCCat) y al ejercicio por parte de dicho titular de la facultad de adquirir el bien en estas mismas condiciones (art. 568-1.1*b* CCCat), dentro del plazo legal o convencionalmente establecido (art. 568-14.4 CCCat). Por lo que respecta a la notificación fehaciente, no se indica a quién corresponde realizarla, si bien cabe entender que debe efectuarla el propietario gravado, que pretende transmitir su derecho de propiedad. No se establece, tampoco, cuál es el plazo de tiempo dentro del cual se ha de efectuar la notificación, por más que —como es lógico— ha de ser anterior al momento en que se haya previsto realizar la transmisión y que las exigencias de la buena fe (art. 111-7 CCCat) imponen, además de que la comunicación se produzca con antelación suficiente para que el titular del derecho de tanteo pueda valorar y decidir si ejercita o no su facultad adquisitiva. En cuanto al ejercicio de la misma, no se dice frente a quién se ejercita, pero parece claro que la legitimación pasiva corresponde al titular del derecho gravado con el derecho de tanteo. Y por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la facultad adquisitiva, si en el título constitutivo del derecho de tanteo no se ha fijado otro distinto (art. 568-6*a* CCCat), es de dos meses a contar —*dies a quo*— desde el día siguiente al de la notificación fehaciente²⁵ y es un plazo de caducidad (art. 568-14.4 CCCat) que se rige por lo dispuesto en los artículos 122-1 y 122-3 CCCat para las relaciones jurídicas disponibles.

Finalmente y por lo que hace referencia a la tercera cuestión que puede ser objeto de regulación general, relativa a los efectos que se vinculan al ejercicio del derecho de tanteo, hay que destacar que los preceptos del Código civil no especifican cómo se verifica la adquisición del derecho de propiedad por parte del titular del tanteo, una vez ejercitado. Bajo la rúbrica «Constitució i eficàcia», el artículo 568-2.2 CCCat²⁶ establece, con carácter general, que «[l]’exercici dels drets d’adquisició voluntària comporta l’adquisició del bé», y añade inmediatamente a continuación que esta adquisición se produce «en la mateixa situació jurídica en què [el bé] es trobava

acordada consiste en la entrega de un bien inmueble (en el marco de un contrato de permuta, art. 621-56 CCCat), por definición no fungible.

25. No desde su conocimiento o posibilidad de conocimiento por parte del titular del derecho de tanteo, destinatario de la notificación; el criterio del conocimiento rige, en cambio, para determinar el *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto (cfr. art. 568-15.2 CCCat).

26. Precepto de carácter general, ubicado no ya en la regulación de los derechos voluntarios de tanteo y de retracto (título VI, capítulo VIII, sección segunda, subsección tercera), sino en las disposiciones generales dedicadas a todos los derechos de adquisición (título VI, capítulo VIII, sección primera).

en el moment de la constitució [dels drets d'adquisició]»,²⁷ pero no explica cómo se verifica esta adquisición de la propiedad, ni —en particular— si es precisa la entrega del bien por parte de su propietario al titular del derecho de tanteo. Por otra parte, ya en la regulación general dedicada a los derechos voluntarios de tanteo y de retracto, el artículo 568-14 CCCat, orientado al ejercicio del primero, tampoco se ocupa de las consecuencias que derivan del mismo, mientras que el artículo 568-15 CCCat, que sí se refiere a los efectos propios del derecho de tanteo, sólo atiende a los que se vinculan a su infracción y sanciona la «conversió del tanteig en retracte».

2.2. EL DERECHO DE RETRACTO

El artículo 568-1.1c CCCat define el derecho de retracto de origen voluntario como el que «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió». El concepto legal de *derecho de retracto* que se desprende del precepto incide en las dos características que lo definen: por una parte, es un derecho de *adquisición* cuya finalidad es posibilitar que su titular se convierta en propietario de un bien ajeno; por otra, es un derecho de adquisición *preferente*, puesto que si su titular se convierte en propietario, esta circunstancia se produce al subrogarse²⁸ en la posición jurídica de un propietario anterior —adquirente, a su vez, del propietario originario—, al que priva del derecho de propiedad que había adquirido previamente. El «adquirente» en cuya posición jurídica se subroga el titular del derecho de retracto lo es efectivamente y ostenta un derecho de propiedad que ha adquirido del propietario originario en virtud de un «negoci jurídic onerós» ya consumado, puesto que en este supuesto —a diferencia de lo que sucede en el derecho de tanteo— ya «ha tingut lloc la transmissió». Ahora bien, el derecho de propiedad que ostenta el adquirente es un derecho claudicante, cuya subsistencia está condicionada al no ejercicio del derecho

27. En esta línea, el precepto señala también que el ejercicio de los derechos reales de adquisición voluntaria, que comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se encontraba cuando se constituyeron, determina asimismo «l'extinció dels drets incompatibles constituïts amb posterioritat sobre el bé si el dret s'havia constituït amb caràcter real, sens perjudici del que estableix la legislació hipotecària». El artículo 568-2.2 CCCat centra, pues, la eficacia del ejercicio de estos derechos en la incidencia de la adquisición del derecho de propiedad que se vincula a dicho ejercicio «en la situació jurídica del bé», pero —tal como se indica en el texto— no plantea ni resuelve de qué manera se adquiere la propiedad.

28. En el artículo 568-1.1c CCCat la expresión «subrogació» no se refiere a la facultad del titular del derecho de retracto de ocupar una posición jurídica contractual o la titularidad de un derecho de crédito, sino a su facultad de desplazar al adquirente de la titularidad del derecho de propiedad que ostenta para colocarse en su lugar. Aunque pueda ser cuestionada desde un punto de vista técnico, es la expresión que se utiliza en la regulación de los derechos de retracto legales, tanto con relación al retracto de colindantes (art. 568-16 CCCat) como con relación al *dret de torneria* (art. 568-21.1 CCCat).

de retracto por su titular; su existencia se vincula a una condición resolutoria, cuyo cumplimiento —en el caso de que el retrayente ejercite su derecho de adquisición preferente— determina no la resolución del negocio transmissivo consumado, cuya subsistencia se mantiene, sino la extinción del derecho de propiedad del adquirente.

La regulación legal del derecho de retracto lo configura, pues, como un derecho de adquisición preferente que grava el derecho de propiedad sobre un bien ajeno y que faculta a su titular, cuando el propietario lo transmite a título oneroso a un tercero, para desplazar y privar a éste del derecho que ha adquirido, colocarse en su lugar y adquirirlo él en las mismas condiciones convenidas entre el propietario y el tercero al que desplaza. La diferencia entre el derecho de tanteo y el derecho de retracto estriba, pues, en si se ha consumado o no el negocio jurídico oneroso a través del cual se articula la transmisión del derecho de propiedad del propietario al tercero: en el primer caso, actúa el derecho de retracto; en el segundo, el derecho de tanteo. Si bien ambos son derechos de adquisición *preferente*, el tanteo opera sobre una «transmissió projectada» (art. 568-14.2 CCCat), mientras que el retracto lo hace «una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1c CCCat).

Así configurado, el derecho de retracto puede estar vinculado o no a un derecho de tanteo previo cuyo titular sea un mismo sujeto. En el derecho de retracto de origen voluntario normalmente existe esta vinculación y el artículo 568-15 CCCat sanciona la «[c]onversió del tanteig en retracte» y establece que «[e]l dret real de tanteig implica el de retracte», en el supuesto de que se frustre o se vulnere el ejercicio del primero (art. 568-15.1.1 CCCat). De acuerdo con este precepto, la vinculación del derecho de retracto al de tanteo es un efecto legal, consubstancial a la infracción de este último cuando es de naturaleza real: la facultad de adquisición preferente que otorga el derecho de tanteo y que grava el derecho de propiedad sobre el que recae, se transmite con el derecho de propiedad y puede hacerse valer por su titular frente al adquirente, en el caso de que se consume lo que era una «transmissió projectada».²⁹

Ahora bien, la vinculación del derecho de retracto al de tanteo no impide que pueda constituirse asimismo un derecho de retracto independiente de origen voluntario, «desconnectat d'un dret de tanteig previ» (art. 568-14.5 CCCat), por más que —como ya se ha indicado—³⁰ no sea probablemente habitual. Sí existen, en cambio, derechos de retracto autónomos de origen legal, de los que se ocupa específicamente la sección tercera («Drets de retracte legals») del capítulo VIII, título VI,

29. En el supuesto de que el derecho de retracto esté vinculado al derecho de tanteo, pues coincidan en un mismo sujeto la titularidad de uno y otro derechos, se refuerza la posición que ostenta dicho sujeto como eventual adquirente del derecho de propiedad gravado. En efecto, la «conversió del tanteig en retracte» permite a su titular —ejercitando el derecho de retracto— adquirirlo con posterioridad a su enajenación por el propietario originario, cuando, a través de la misma, se ha frustrado la preferencia adquisitiva que otorga el derecho de tanteo.

30. Cfr. *supra* nota 16 y lo que se dice en el texto relacionado con ella.

libro v CCCat, que regula el retracto de colindantes (art. 568-16 a 568-20 CCCat) y la *torneria* (art. 568-21 a 568-26 CCCat).

Con relación a las cuestiones que pueden ser objeto de una regulación general del derecho de retracto, el presupuesto de ejercicio del mismo es la existencia de un «negoci jurídic oneros» ya consumado, «una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1c CCCat). Pero —al igual que sucede con el derecho de tanteo— no se especifica qué clase de negocio jurídico oneroso posibilita el ejercicio del derecho de retracto, de modo que, en principio, cualquier tipo de negocio oneroso a través del cual el propietario gravado transmita su derecho a un tercero a cambio de una contraprestación permite al titular del derecho de retracto ejercitarlo y hacerlo valer frente al adquirente.

Con todo, en el supuesto de que el derecho de retracto esté vinculado a un derecho de tanteo previo, es necesario, además, que este negocio jurídico oneroso consumado vulnere el derecho de tanteo otorgado con anterioridad, frustre su ejercicio y culmine —con la transmisión efectiva del derecho de propiedad a favor de un tercero— una transmisión originariamente tan solo proyectada. De acuerdo con el artículo 568-15.1 CCCat, esta vulneración del derecho de tanteo ha de ser imputable al propietario gravado y puede producirse porque este no notifique fehacientemente a su titular el negocio transmissivo perfecto ya celebrado y las condiciones esenciales del mismo,³¹ o porque —si bien ha notificado el acuerdo y sus condiciones esenciales— la transmisión se haya realizado en condiciones distintas o antes del vencimiento del plazo de dos meses establecido para el ejercicio del tanteo.

La segunda cuestión a que ha de atender una regulación general del derecho de retracto es la relativa a los requisitos de su ejercicio por parte del titular, que el artículo 568-15.2 CCCat concreta por lo que se refiere al plazo dentro del cual ha de hacerse valer la facultad adquisitiva y al *dies a quo* a partir del cual se inicia el cómputo

31. El artículo 568-15.1 CCCat alude a la «manca [de] notificació fefaent dels elements essencials de l'acord de transmissió», circunstancia que —como ha destacado Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 557— puede inducir a cierta confusión en cuanto al contenido de la notificación, dado que, de acuerdo con el artículo 568-14.4 CCCat, lo que se ha de notificar es «l'acord de transmissió i les seves condicions». Dando por supuesto que el legislador no ha utilizado esta última expresión en sentido técnico y la considera equivalente a la de «elements essencials», lo cierto es que no especifica cuáles son ni se refiere a la falta de notificación del acuerdo mismo. Ahora bien, aparte de que no considerar este último supuesto provocaría una situación absurda, no comunicar la existencia del acuerdo no es sino omitir la notificación de uno de sus elementos esenciales: el consentimiento negocial que recoge la intención o voluntad del propietario gravado de transmitir su derecho de propiedad a un tercero. Por lo que respecta concretamente a los elementos esenciales del acuerdo de transmisión, dentro de ellos hay que considerar no solo los que lo son desde un punto de vista técnico, como el contenido de la contraprestación y las circunstancias de lugar y tiempo de su cumplimiento, sino también los que doctrinalmente se suele calificar de «elementos accidentales» del negocio, como la condición y el término (cfr. art. 568-14.4 CCCat), y, en definitiva, todos los que pueden determinar la voluntad del titular del derecho de retracto en orden a ejercitar su derecho.

de dicho plazo. Por lo que respecta al plazo de ejercicio de la facultad adquisitiva, el precepto establece que si el derecho de retracto se origina en la vulneración de un derecho de tanteo previo, es el mismo que el pactado para el ejercicio del derecho de tanteo, y si no se hubiera pactado su duración, el plazo de ejercicio de la facultad del retrayente es de tres meses.³² Aunque no se diga expresamente, cabe pensar que este plazo de tres meses es también el que procede para el derecho de retracto voluntario no vinculado a un derecho de tanteo anterior, si no se estipula su plazo de ejercicio. Y, en cualquier caso, tanto en este supuesto como en el anterior, aunque tampoco se diga expresamente, se trata de un plazo de caducidad (*arg. ex art. 568-14.4 CCCat*) que se rige por lo dispuesto en los artículos 122-1 y 122-3 CCCat.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de ejercicio —pactado expresamente o establecido por la ley— de la facultad adquisitiva, el artículo 568-15.2 CCCat lo fija a partir de un doble criterio: o bien empieza a contar a partir de la fecha en que se inscribe en el Registro de la Propiedad el negocio oneroso consumado mediante el cual se transmite el derecho de propiedad, o bien se inicia en el momento en que el titular del derecho de retracto —vinculado o no a un derecho de tanteo previo—³³ tiene conocimiento de la consumación de este negocio jurídico. La disyuntiva suscita algunas cuestiones con relación a los supuestos a los que se aplican uno y otro criterios, teniendo en cuenta —además— el carácter potestativo y no obligatorio de la inscripción y, sobre todo, en orden a determinar cuál de ellos es —en su caso— preferente, cuestiones de las que nos ocuparemos más adelante.³⁴

Sobre la facultad adquisitiva que otorga el derecho de retracto conviene destacar asimismo que —como ya sucede con el derecho de tanteo— tampoco se especifica frente a quién se ejercita. Con todo, puesto que ya ha tenido lugar la transmisión del derecho de propiedad y se ha concedido al titular del retracto la facultad adquisitiva a fin de subrogarse en la posición del adquirente, debe entenderse que es este quien asume la legitimación pasiva.

32. Si, de acuerdo con el artículo 568-15.2 CCCat, «[e]l dret de retracte s'ha d'exercir en un termini igual al pactat per a l'exercici del dret de tanteig», y ello responde a la idea de que el plazo de ejercicio de uno y otro derechos es el mismo, no se entiende demasiado que, si en el supuesto de que no se haya pactado plazo para ejercitar el tanteo, el plazo legal supletorio es de dos meses (art. 568-14.4 CCCat), cuando el derecho de retracto se vincule a la infracción del derecho de tanteo, el plazo legal supletorio para ejercitar el primero sea de tres meses y no de dos en el caso de no haberse establecido el plazo de ejercicio del tanteo en su título constitutivo.

33. La rúbrica del artículo 568-15 CCCat es «Conversió del tanteig en retracte», lo que significa que el derecho de retracto del que se ocupa es el que se origina como consecuencia de la vulneración de un derecho de tanteo previo. Sin embargo, hay que entender que lo dispuesto en su apartado segundo con relación al *dies a quo* —así como lo que se refiere a la duración del plazo de ejercicio— se aplica también al derecho de retracto independiente o autónomo, desvinculado de un derecho de tanteo previo.

34. Cfr. *supra* el epígrafe 4.2.2.

Por último y en cuanto a los efectos que se vinculan al ejercicio del derecho de retracto, cabe destacar igualmente que —como sucede también y ya se ha apuntado con relación al derecho de tanteo— el Código civil no explica cómo el titular del retracto puede verificar la adquisición del derecho de propiedad, una vez ejercitado, ni si para ello es necesario que el adquirente entregue el bien al titular del derecho de retracto que se subroga en su posición jurídica.

3. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LOS CONCRETOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE RECOGIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Como ya se ha dicho, junto a la regulación general de los derechos de adquisición preferente prevista en el Código civil, el legislador dedica también diversos preceptos a regular derechos de tanteo y de retracto concretos, vinculados a determinados derechos como derechos accesorios. Por regla general, son derechos *legales* porque la ley los establece al configurar el contenido típico de los derechos a los que se vinculan, normalmente con carácter dispositivo y admitiendo su exclusión por pacto (cfr., p. ej., art. 552-4.1 y 561-9.2 CCCat), aunque en ocasiones los impone también con carácter irrenunciable (cfr. art. 623-27.2 CCCat).³⁵ Con todo, también pueden ser derechos *voluntarios*, constituidos por voluntad de los particulares, si bien es la ley —que no los contempla al regular el contenido típico de los derechos a los que se vinculan— la que permite expresamente su constitución con relación a estos derechos (cfr., p. ej., art. 547-5c, 564-4.5 y 565-23.1 CCCat, por lo que respecta al censalista).

3.1. LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO DEL NUDO PROPIETARIO

Cuando el derecho de propiedad está gravado con un derecho de usufructo, el artículo 561-9.2 CCCat, para el caso de que el usufructuario se proponga transmitir su derecho, otorga un derecho de adquisición preferente al nudo propietario,³⁶ «llevat que el títol de constitució estableixi una altra cosa».³⁷ Este derecho de adquisición preferente tiene su origen en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de

35. Evidentemente, cuestión distinta de la irrenunciabilidad es que el titular del derecho irrenunciable no lo ejerce.

36. Sobre el derecho de adquisición preferente a que se refiere el precepto, cfr. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario de los artículos 561-9 y 561-10 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. II, Barcelona, Dykinson, 2008, p. 1172-1173 y 1175-1182.

37. El inciso final del precepto pone de manifiesto, pues, que se trata de un derecho de adquisición preferente legal de carácter dispositivo.

los derechos de usufructo, uso y habitación,³⁸ y afecta no al derecho de propiedad y al poder de disposición del propietario, sino al derecho de usufructo que grava la propiedad y al poder de disposición del usufructuario sobre el mismo (art. 561-9.1 CCCat). En este sentido, la atribución de este derecho de adquisición preferente al nudo propietario responde a la finalidad de que este recobre o asuma las facultades de uso y disfrute concedidas al usufructuario, lo que posibilitará la consolidación³⁹ y, con ella, la extinción del derecho de usufructo, de manera que la plena propiedad recaiga sobre el nudo propietario, liberada del gravamen que representa el usufructo. Con todo, y aunque el artículo 561-16.1 CCCat afirme que «[e]l dret d'usdefruit s'extingeix per les causes generals d'extinció dels drets reals», que incluyen formalmente la consolidación como una de ellas, el propio precepto, en la letra c, limita la extinción por consolidación al usufructo de bienes muebles y excluye el de inmuebles, lo que limita asimismo los efectos de la finalidad extintiva que, en su caso, persigue la atribución del derecho de adquisición preferente al nudo propietario.

El *derecho de adquisición preferente* (art. 561-9.2 CCCat y rúbrica del 561-10 CCCat) del nudo propietario se concreta en el derecho de tanteo (art. 561-10.2 CCCat), que, en el caso de frustración de su ejercicio, permite al nudo propietario ejercitar el derecho de retracto (art. 561-10.3 CCCat).⁴⁰ Ahora bien, el presupuesto de ejercicio de este derecho de adquisición preferente no se circunscribe a las transmisiones onerosas, sino que se extiende también a las gratuitas, en cuyo caso, puesto que no existe precio o contraprestación, se atiende al «valor que es dóna al dret» (art. 561-10.1 CCCat) de usufructo que se enajena.⁴¹ Con todo, la extensión del ejercicio del derecho de adquisición preferente del nudo propietario a las transmisiones a título gratuito reduce este derecho al retracto y excluye el tanteo por innecesario, puesto que, formalizadas estas transmisiones a través de una donación, el negocio jurídico en que consiste tiene eficacia real por la perfección de la voluntad unilateral del donante, sin que sea necesaria la entrega o tradición del bien sobre el que recae su derecho (cfr. art. 531-7 CCCat). La doble manifestación del derecho de adquisición preferente, que admite su ejercicio como tanteo y como retracto, tiene sentido en los

38. Cfr. art. 4 y 5 de la Ley 13/2000.

39. Como es sabido, y aunque el artículo 532-1 CCCat parece considerarla como una causa general de extinción de los derechos reales, la consolidación es una causa de extinción que se predica específicamente de los derechos reales limitados y que se produce con ocasión de «la reunió de titularitats entre els propietaris i els titulars del dret real» (art. 532-3.1 CCCat).

40. Este *derecho de adquisición preferente* se configura, pues, como un derecho único o unitario, que comprende el derecho de tanteo y el derecho de retracto.

41. Ahora bien, en este caso, tratándose de una transmisión gratuita y a pesar de ello, la materialización del ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte del nudo propietario —que se concreta en el derecho de retracto, como se explica a continuación en el texto— exige que este satisfaga al donatario adquirente «el valor que es dona al dret», por más que este no haya realizado contraprestación alguna por la adquisición del mismo.

negocios transmisivos de carácter consensual, en los que la perfección del negocio produce efectos meramente personales y origina un derecho de crédito a favor del adquirente, que no se convierte efectivamente en titular del derecho real que se quiere transmitir hasta que no ejercita el derecho de crédito del que es titular exigiendo la entrega del bien y el enajenante la realiza, con lo que se consuma el proceso transmisivo. De acuerdo con esta configuración, cuando el negocio transmissivo consensual, una vez perfeccionado, da lugar al nacimiento del derecho de crédito, opera el derecho de tanteo, mientras que, consumado el negocio con la entrega del bien y convertido el adquirente en titular del derecho real transmitido, opera el derecho de retracto. En la donación, en cambio, no existen estas dos fases y la perfección del negocio transmissivo en que consiste determina que el donatario adquiere de forma inmediata la titularidad del derecho transmitido, razón por la cual solo procede el derecho de retracto, que el titular ejerce contra el donatario, de manera que, sin que se extinga la donación producida, se subroga en su lugar (*arg. ex art. 568-1.1c CCCat*) y adquiere el derecho gravado del que era titular el donatario.

Por lo que respecta a la transmisión que se pretende realizar mediante un negocio jurídico oneroso, no se especifica el tipo o clase de negocio a través del cual puede formalizarse y la referencia al «preu convingut» (art. 561-10.1 CCCat) no es suficientemente significativa,⁴² de modo que la transmisión onerosa del derecho de usufructo posibilita siempre el ejercicio del derecho de adquisición preferente del nudo propietario.⁴³ Esta afirmación se justifica, además, si se tiene en cuenta que este derecho de adquisición preferente procede en los supuestos de transmisión gratuita: si ello es así, no tiene sentido limitarlo a determinadas transmisiones onerosas.

En cuanto al derecho de tanteo⁴⁴ y presuponiendo que «els usufructuaris [...] es propos[i]n transmetre llur dret» (art. 561-10.1 CCCat), sus requisitos de ejercicio se refieren a la notificación fehaciente de la propuesta y al plazo dentro del cual se ha de hacer valer el derecho de tanteo. La notificación de la propuesta al nudo propietario —de la que no se fija plazo para efectuarla— corresponde al usufructuario (art. 561-10.1 y 2, final, CCCat), que ha de indicar al nudo propietario «el nom dels

42. En el sentido de circunscribir las transmisiones onerosas a las que se formalizan mediante un contrato de compraventa y cuya contraprestación consiste en el pago de un *preu* en dinero (art. 621-1 CCCat).

43. Véase, en sentido contrario, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 561-10 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1176, que limita la transmisión onerosa a la que se formaliza mediante un contrato de compraventa o se materializa a través de una dación en pago, y excluye la permuta, «donde no hay precio (que menciona la Ley), ni creemos que se pueda aplicar el criterio del “valor” que maneja para los actos gratuitos».

44. Cuyo ejercicio —como se ha indicado en el texto— solo es posible en las transmisiones onerosas, puesto que en las gratuitas la transmisión del derecho gravado es inmediata y, convertido el donatario en adquirente como consecuencia de la perfección de la donación, procede únicamente el ejercicio del derecho de retracto.

adquirents, el preu convingut, en el cas de transmissió onerosa, o el valor que es dóna al dret, en el cas de transmissió gratuïta, i les altres circumstàncies rellevants de l'alienació» (art. 561-10.1 CCCat). Por su parte, el plazo de ejercicio del derecho de tanteo es de un mes «a comptar de la notificació» fehaciente (art. 561-10.2 CCCat)⁴⁵ y se trata de un plazo de caducidad —aunque no se diga expresamente— que se rige por lo dispuesto en los artículos 122-1 y 122-3 CCCat. Dicho ejercicio lo realiza el nudo propietario frente al usufructuario y se materializa a través del pago por parte del primero al segundo del precio o del valor atribuido al derecho de usufructo en la transmisión proyectada (cfr. art. 561-10.2 CCCat): por más que el precepto se pronuncia en términos potestativos —«els nus propietaris poden exercir [el dret de tanteig] pagant-ne el preu o [...] el valor»—, la discrecionalidad se predica del ejercicio de la facultad adquisitiva consubstancial al tanteo, pero no del modo de ejercicio de la facultad, que exige la satisfacción del precio convenido o del valor atribuido al usufructo al titular del mismo.

Por lo que respecta al derecho de retracto del nudo propietario, es consecuencia de la vulneración y frustración del derecho de tanteo en las transmisiones onerosas, que se producen «si l'alienació no s'ha notificat fefaentment o si s'ha dut a terme en circumstàncies diferents de les notificades» (art. 561-10.3 CCCat); no se menciona el supuesto de que la enajenación se haya realizado dentro del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, pero debe considerarse que en tal caso también procede el derecho de retracto (*arg. ex* art. 568-15.1 CCCat). Por su parte, en las transmisiones gratuitas —como ya se ha indicado— el derecho de retracto procede de forma inmediata una vez perfeccionada la donación, toda vez que, como consecuencia de su perfección, el donatario adquiere la titularidad del derecho transmitido.

En ambos casos, el plazo de ejercicio del retracto es de tres meses y el *dies a quo* viene determinado por la fecha en la que el nudo propietario tenga «coneixement de l'alienació i les circumstàncies d'aquesta» o en la que se haya producido «la inscripció de l'alienació en el registre corresponent» (art. 561-10.3 CCCat), bien entendido que dicha inscripción no es —en particular, cuando el derecho de usufructo recae sobre bienes inmuebles— de carácter obligatorio. Aunque tampoco se dice expresamente —como sucede asimismo con el plazo de ejercicio del tanteo—, el plazo de ejercicio del retracto es también de caducidad y se rige por las reglas correspondientes a las relaciones jurídicas disponibles. Y aunque —a diferencia en este supuesto de lo regulado para el tanteo— tampoco existe ninguna disposición al respecto, el ejercicio del derecho de retracto por parte del nudo propietario exige que este satisfaga el precio

45. Se entiende desde su realización por parte del usufructuario, no desde su conocimiento o posibilidad de conocimiento por parte del nudo propietario, destinatario de la notificación (*arg. ex* art. 568-14.4 CCCat).

o el valor del derecho de usufructo, en este caso al adquirente en cuya posición se subroga.⁴⁶

Finalmente, hay que destacar que este mismo derecho de adquisición preferente que el Código civil atribuye al nudo propietario, cuando el derecho de propiedad está gravado con un derecho de usufructo se reconoce —«en els mateixos termes»— a «els propietaris i els titulars d'un dret real possessori sobre una finca gravada [amb un] dret d'aprofitament parcial», en el caso de que su titular pretenda transmitirlo (cfr. art. 563-4 CCCat).⁴⁷

3.2. LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO EN LAS SITUACIONES DE COMUNIDAD

El artículo 552-4 CCCat, bajo la rúbrica «Drets d'adquisició»,⁴⁸ atribuye un derecho de tanteo y un derecho de retracto a favor de todos los cotitulares que forman parte de una comunidad, cuando uno de ellos pretende transmitir a título oneroso y, en su caso, transmite efectivamente su derecho en la comunidad «a favor de terceros personas» ajenas a la misma,⁴⁹ y ello a no ser que en el título de constitución de la comunidad se hayan excluido (art. 552-4.4 CCCat).⁵⁰ Aunque la rúbrica del artículo 552-4 CCCat, al referirse a «drets d'adquisició», puede dar a entender que los de-

46. A pesar de que, en el caso de ser la enajenación gratuita, el donatario adquirente lo haya sido a título lucrativo y se haya convertido en usufructuario sin realizar ninguna contraprestación a favor del titular del usufructo que le ha transmitido su derecho por medio de una donación.

47. En cambio, no existe ningún precepto que atribuya un derecho de adquisición preferente al titular de la propiedad gravada con un derecho de uso o de habitación, por más que estos derechos se rijan subsidiariamente por la regulación prevista para el derecho de usufructo (art. 562-1 CCCat). Sin embargo, no se trata de una omisión, y ello no por el carácter personalísimo y la «indisponibilitat» de estos derechos, que proclama la rúbrica del artículo 562-4 CCCat, sino porque, dado que esta indisponibilidad no es absoluta, en la medida en que «[e]ls usuaris i els habitacionistes solament poden gravar o alienar llur dret si hi consenten els propietaris» (art. 562-4.1 CCCat), este consentimiento excluye un eventual derecho de adquisición preferente a favor del propietario que autoriza la transmisión de los derechos de uso o de habitación.

48. Con relación a este precepto, cfr. Joaquín LARRONDO LIZÁRRAGA, «Comentario del artículo 552-4 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. I, Barcelona, Dykinson, 2008, p. 683-686.

49. Por tanto, no existen estos derechos de tanteo y de retracto si la transmisión onerosa se produce a favor de otro cotitular.

50. Posibilidad de exclusión que revela el carácter dispositivo de los derechos de adquisición preferente atribuidos a los cotitulares. En este sentido y aunque pudiera pensarse que este carácter dispositivo se afirma específicamente también con relación a la atribución del derecho de tanteo —«llevat que en el títol de constitució s'hagi pactat altrament»— en el artículo 552-41 CCCat, la salvedad en este caso se refiere a la condición de «terceres persones alienes a la comunitat» como beneficiarias de la transmisión, por lo que se puede pactar en el título de constitución de la comunidad que el derecho de tanteo opere también cuando lo sean algunos de los restantes cotitulares.

rechos regulados —derechos de tanteo y de retracto— son autónomos o independientes, en rigor se configuran de forma unitaria, vinculando el derecho de retracto al derecho de tanteo, como una consecuencia legal de la infracción o vulneración de este último: «el tanteig comporta el retracte» (art. 552-4.2 CCCat).

Por lo que respecta al derecho de tanteo, el artículo 552-4.1 CCCat lo otorga —como se acaba de apuntar— a todos los cotitulares en el caso de que uno de ellos proyecte una «alienació a títol oneros» de su derecho a favor de un tercero ajeno a la comunidad, sin especificar a través de qué negocio jurídico oneroso se articula la enajenación, lo que induce a pensar que puede realizarse a través de cualquier tipo de negocio que establezca una contraprestación a favor del cotitular que pretende transmitir su derecho.⁵¹ Confirma esta idea la manifestación de que los cotitulares a quienes se reconoce el derecho de tanteo pueden ejercerlo satisfaciendo al transmitente el «mateix preu o valor» (art. 552-4.1 CCCat) que se atribuye a su derecho en la transmisión proyectada. En efecto, mientras que la referencia al «preu» parece aludir a un contrato de compraventa, en el que la contraprestación del adquirente consiste siempre en un «preu en diners» (art. 621-1 CCCat), que cualquiera puede pagar, la mención al «valor» en que se cuantifica el derecho permite considerar que la transmisión puede realizarse por medio de cualquier otro negocio oneroso,⁵² puesto que, al fijarse la contraprestación del adquirente igualmente en el pago de una cantidad de dinero, puede ser realizada también por cualquier sujeto.

Los requisitos de ejercicio del derecho de tanteo por parte de los cotitulares se refieren a la notificación fehaciente de «la decisió d'alienar i les circumstàncies de la transmissió» (art. 552-4.2 CCCat) —sin indicar el plazo dentro del cual ha de efectuarse— y al plazo de tiempo en que ha de llevarse a cabo. La notificación debe realizarla el cotitular «que [pretén] fer la transmissió» (art. 552-4.2, principio, CCCat) a todos los demás cotitulares, mientras que el plazo para ejercitar el tanteo por parte de

51. Joaquín LARRONDO LIZÁRRAGA, «Comentario del artículo 552-4 CCCat», p. 684, entiende, en cambio, por analogía con el artículo 463-6 CCCat y por constituir una restricción que impone una interpretación estricta, que el ejercicio del derecho de tanteo procede solo en caso de compraventa o dación en pago. Sin embargo, cuando examina lo que califica como «requisitos generales» indica que la enajenación a título oneroso de la cuota se refiere a un «acto traslativo con contraprestación cuyo objeto sea la participación del comunero: compraventa, permuta, adjudicación en pago, etc. La enajenación abarca todos los títulos traslativos de dominio o del derecho real compartido, excluyendo los que se produzcan por título gratuito».

52. Cabe recordar que, como se ha visto en el epígrafe anterior (3.1), el criterio del «valor que es dóna al dret» es el que utiliza el artículo 561-10.1 CCCat para posibilitar el derecho de retracto del nudo propietario, en el caso de que el usufructuario pretenda transmitir y transmita su derecho de usufructo a título gratuito. Pues bien, si en este supuesto el criterio del «valor del dret» permite extender el ejercicio del derecho de retracto con ocasión de una transmisión gratuita, en el ámbito de las situaciones de comunidad este criterio amplía el ámbito de aplicación de dicho ejercicio respecto de las transmisiones onerosas a todas ellas, toda vez que el artículo 552-4 CCCat lo excluye en las gratuitas.

estos últimos⁵³ es de un mes y se fija el *dies a quo* en el «moment en què es fa la notificació» (art. 552-4.2 CCCat). Este plazo es de caducidad, que se rige por las reglas correspondientes a las relaciones jurídicas disponibles (art. 122-3 CCCat). Y aunque no se diga expresamente, el tanteo se ejercita frente al cotitular que pretende enajenar su derecho, ejercicio que se materializa mediante el pago a este último del precio convenido para dicho derecho o del valor atribuido al mismo en la transmisión proyectada a través del negocio celebrado —perfecto pero no consumado— con el tercero.

En cuanto al derecho de retracto de los cotitulares, se configura como un efecto legal dispositivo⁵⁴ del derecho de tanteo —«el tanteig comporta el retracte» (art. 552-4.2 CCCat)—, que se produce «[s]i no hi ha notificació [de la decisió d'alienar] o si la transmissió es fa per un preu o en unes circumstàncies diferents de les que hi consten [en la notificació]» (art. 552-4.2 CCCat); aunque no se hace referencia al supuesto de que la enajenación se haya realizado antes de que finalice el plazo de ejercicio del derecho de tanteo, esta circunstancia supone igualmente una vulneración de este derecho y, por tanto, determina también el nacimiento del derecho de retracto (art. 568-15.1 CCCat). El derecho de retracto puede ejercerse en el plazo —de caducidad—⁵⁵ de tres meses, a contar desde el momento en que los cotitulares a los que se les reconoce «tenen coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies o des de la data en què s'inscriu la transmissió en el registre que correspon» (art. 552-4.2, final, CCCat), circunstancia que no siempre se producirá. El retracto se ejercita frente al tercero ajeno a la comunidad que ha adquirido el derecho enajenado por el cotitular, satisfaciendo el titular del derecho de retracto el precio o valor convenido en el negocio transmisivo.

El hecho de que los derechos de tanteo y de retracto puedan corresponder a una pluralidad de sujetos —los cotitulares que constituyen la comunidad, junto con el que enajena el derecho que ostenta en la misma— puede originar una situación de conflicto o una colisión entre estos dos derechos cuando el enajenante notifique su «decisió d'alienar» a uno o alguno de los restantes cotitulares, pero no a todos. En este sentido, en el caso de que el cotitular o los cotitulares a los que se ha notificado la transmisión proyectada ejerciten el tanteo y adquieran el derecho, cabe plantear si el cotitular o los cotitulares a los que no se ha efectuado notificación alguna ostentan el derecho de retracto y pueden ejercitarlo una vez tengan conocimiento de la transmisión ya consumada. Aunque quizás podría pensarse que no existe en este caso derecho de adquisición, puesto que la enajenación no se ha producido «a favor de terceros per-

53. Aunque el derecho de tanteo se reconoce a favor de todos los cotitulares y de ahí que se tenga que notificar a todos ellos la «decisió d'alienar», esto no significa también que todos ellos lo ejerciten. En el supuesto de que sean varios los que pretendan ejercerlo, el artículo 552-4.3 CCCat establece que dicho ejercicio «els correspon en proporció a llurs drets respectivament en la comunitat».

54. En la medida en que, como ya se ha indicado, el título de constitución de la comunidad lo puede excluir (art. 552-4.4 CCCat).

55. Que se rige por las reglas de las relaciones jurídicas disponibles.

sones alienes a la comunitat» (art. 552-4.1 CCCat), sino a favor de personas que son también cotitulares, y a pesar de que la finalidad que persiguen los derechos de adquisición preferente en las situaciones de comunidad es favorecer su extinción, creo que al cotitular o los cotitulares cuyo derecho de tanteo se ha vulnerado les corresponde el derecho de retracto, consecuente a esta vulneración, y que pueden hacerlo valer frente al cotitular o los cotitulares adquirentes de resultas de haber ejercido en su momento su derecho de tanteo. Se trata, en definitiva, de aplicar el criterio previsto en el artículo 552-4.3 CCCat: «El tanteig o el retracte, si els cotitulars que pretenen exercir-lo són més d'un, els correspon en proporció a llurs drets respectius en la comunitat».

Por último, importa señalar que este derecho de aplicación preferente a favor de los cotitulares en una situación de comunidad se atribuye también a los coherederos y a los copropietarios de la propiedad compartida. Con relación a los primeros, el artículo 463-6 CCCat⁵⁶ les atribuye, en efecto, unos derechos de tanteo y de retracto que «s'exerceixen dins el termini i en la forma que estableix l'article 552-4.2» (art. 463-6.3 CCCat). Cabe destacar que la remisión a la regulación de los derechos de adquisición preferente de los cotitulares en una situación de comunidad se circunscribe al plazo y al modo o forma de ejercicio de los mismos porque su presupuesto es distinto: por una parte, porque la transmisión en atención a la cual se atribuyen estos derechos a los coherederos tiene por objeto una *cuota* —la que corresponde al coheredero enajenante (art. 463-6.1 CCCat)—, y no un *derecho*;⁵⁷ y, por otra parte, porque esta transmisión, aun siendo exclusivamente onerosa, tiene un ámbito más restringido que el regulado en una situación de comunidad, puesto que no se refiere a la que se formaliza a través de cualquier negocio jurídico oneroso, de la clase que sea, sino que se limita a la que se realiza mediante una compraventa o una dación en pago (art. 463-6.2 CCCat).

56. Con relación a este precepto, cfr. Lluís PUIG I FERRIOL, «Comentario del artículo 463-6 CCCat», en Joan EGEA I FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.) i Laura ALASCIO I CARRASCO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1596-1601. El artículo 463-6 CCCat recoge lo dispuesto en el artículo 51 del Código de sucesiones, que ya reconocía los derechos de tanteo y de retracto de los coherederos, si bien fijaba un plazo único de un mes para el ejercicio de ambos derechos a contar desde la notificación a todos los coherederos de la decisión de uno de ellos de vender o de dar en pago su cuota, en el caso del derecho de tanteo, o desde que los coherederos tuvieran conocimiento de la venta o de la dación en pago ya realizadas, en el caso del derecho de retracto.

57. Ello obedece a la distinta configuración de la comunidad hereditaria y de la comunidad de bienes en el Código civil. La primera se origina a partir de la concurrencia de una pluralidad de herederos en una sucesión, que adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las cuotas respectivas que les corresponden como herederos (art. 463-1 CCCat); la comunidad ordinaria indivisa, en cambio, no se estructura a partir de un derecho único, dividido en tantas cuotas como partícipes, sino que «comporta l'existència de tants drets com cotitulars hi ha» (art. 552-1.1 CCCat). Las cursivas en las citaciones textuales son nuestras.

En cuanto a la propiedad compartida,⁵⁸ el artículo 556-10 CCCat establece que la enajenación a título oneroso de la cuota de cualquiera de los dos propietarios —propietario material y propietario formal— a un tercero otorga al otro, salvo pacto en contrario en el título de constitución, los derechos de tanteo y de retracto, que se rigen por el artículo 552-4 CCCat. En este caso, la remisión es completa a la totalidad de la regulación de los derechos de adquisición preferente de los cotitulares en una situación de comunidad y la transmisión onerosa que los origina —cuyo objeto es también en este caso una *cuota* y no un *derecho*— se articula por medio de cualquier tipo de negocio jurídico oneroso.

3.3. EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL PROPIETARIO TEMPORAL

La propiedad temporal⁵⁹ se configura como un derecho de propiedad que atribuye a su titular «el domini d'un bé durant un termini cert i determinat, vençut el qual el domini fa trànsit al titular successiu» (art. 547-1 CCCat). Esta modalidad de propiedad supone la concurrencia sucesiva sobre un mismo y único objeto —bien mueble o inmueble (art. 547-2 CCCat)— de dos titulares: un titular actual, al que se denomina «propietari temporal», y un titular eventual o futuro, «titular successiu», llamado a convertirse efectivamente en propietario una vez transcurrido el plazo de duración de la propiedad temporal. Tanto el propietario temporal como el titular sucesivo tienen poder de disposición sobre la propiedad actual y sobre la propiedad de adquisición futura, respectivamente, y, en consecuencia, tanto el uno como el otro pueden «alienar, hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen el seu dret» (art. 547-7.1 y 547-6.2 CCCat).⁶⁰

Atendiendo a esta circunstancia, el artículo 547-5c CCCat permite que en el título de constitución de la propiedad temporal se establezca «[e]l dret d'adquisició preferent del propietari temporal per al cas de transmissió onerosa del dret del titular successiu, i el dret d'adquisició preferent d'aquest últim per al cas de transmissió onerosa de la propietat temporal». Se trata, pues, de un derecho de adquisición de origen voluntario y de configuración unitaria, que comprende —por aplicación de las reglas

58. Que introduce en el libro v CCCat la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Códigi civil de Cataluña, configurándola como una modalidad de las situaciones de comunidad (capítulo vi del título v CCCat).

59. Introducida asimismo en el libro v CCCat por la Ley 19/2015 como una modalidad del derecho de propiedad (capítulo vii del título iv CCCat).

60. En rigor, es discutible que el «titular successiu» sea realmente «titular», ostente un «dret» y, más aún, sea un «dret de propietat»; lo que propiamente le corresponde es una expectativa, porque *propietario* solo lo será cuando adquiera el dominio, vencido el plazo de duración de la propiedad temporal.

generales: artículos 568-14 y 568-15 CCCat— el tanteo y el retracto⁶¹ y que puede ser ejercitado por su titular en cualquier supuesto de transmisión a título oneroso, proyectada o consumada, y sea cual sea el negocio jurídico oneroso a través del cual se articule. En cualquier caso, la finalidad perseguida por el derecho de adquisición es diferente según corresponda al propietario temporal o al titular sucesivo: en el primer caso, con su ejercicio el propietario temporal elimina el término resolutorio que afecta a su derecho de propiedad, lo que la convierte en definitiva e indefinida, mientras que, en el segundo, el titular sucesivo, que no era propietario, adquiere el derecho de propiedad al que está llamado antes del vencimiento del plazo de vigencia de la propiedad temporal.

Por otra parte y a tenor de la literalidad del artículo 547-5c CCCat, cabe plantear si el derecho de adquisición preferente del propietario temporal y el derecho de adquisición preferente del titular sucesivo se han de establecer con carácter recíproco o si pueden estipularse con independencia y constituir uno solo de ellos, sin que sea necesario establecer el otro. La conjunción «i» parece indicar que se han de establecer conjuntamente y con carácter recíproco; pero el mismo origen voluntario de estos derechos de adquisición preferente y el principio de libertad civil (art. 111-6 CCCat) que inspira el ordenamiento jurídico catalán inducen a decantarse por la tesis contraria.

Evidentemente y puesto que el «dret d'adquisició preferent» a que se refiere el artículo 547-5c CCCat es de origen voluntario, el derecho o los derechos que comprenda y su regulación dependerán de lo que establezca el título de constitución de la propiedad temporal y, en su caso, de su remisión —si así se prevé— a las disposiciones del Código relativas a los derechos voluntarios de adquisición preferente.

61. Aunque, como es evidente y precisamente por su origen voluntario, puede pactarse que comprenda solo uno u otro de estos dos derechos.

3.4. EL DRET DE FADIGA EN EL CENSO ENFITÉUTICO

Los artículos 565-23 a 565-28 CCCat⁶² regulan el denominado *dret de fadiga*,⁶³ al que se califica como «dret de prelació» (art. 565-23.1 CCCat),⁶⁴ en virtud del cual el censatario —propietario de la finca gravada con el censo (art. 565-1.2 CCCat)— y, en su caso, el censalista —titular del derecho de censo (art. 565-1.2 CCCat)— «poden exercir el dret de tanteig o el dret de retracte, per a adquirir, respectivament, el dret de cens o la finca gravada que hagin estat alienats a títol oneros, pel mateix preu i en les condicions convingudes amb l'adquirent» (art. 565-23.2 CCCat).⁶⁵

62. Con relación a estos preceptos, cfr. Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Comentario de los artículos 565-23 a 565-28 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1518-1528.

63. El *dret de fadiga* tiene su origen en la regulación tradicional del censo enfitéutico y constituye el derecho real de adquisición preferente por excelencia del derecho civil catalán y la fuente de inspiración de todos los que se han incorporado con posterioridad al ordenamiento jurídico catalán. El *dret de fadiga* se recoge en el período codificador en los artículos CLXVIII-CLXXII de la *Memoria* de Manuel Durán y Bas de 1883 (*Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883), en los artículos 168-172 del Proyecto de apéndice de 1930, en los artículos 135-138 del Anteproyecto de apéndice de 1931 y en los artículos 207-211 del Proyecto de compilación de 1955, y se consolida como regulación legal en los artículos 42 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos, y 312-315 de la Compilación del derecho civil de Cataluña de 1960, no modificados por la reforma de 1984. Con posterioridad, esta regulación se ha recogido también en los artículos 22-27 de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, que constituye el antecedente inmediato de la regulación actual del Código civil.

64. Y no como «dret d'adquisició» o «dret d'adquisició preferent», por lo que destaca, pues, como característica esencial del mismo antes la idea de la *preferencia* que la de la *adquisición*; la calificación se encuentra ya en el artículo CLXVIII de la *Memoria* de Durán y Bas.

65. La atribución de la legitimación activa del ejercicio del *dret de fadiga* ha variado a lo largo del tiempo. En el artículo CLXVIII de la *Memoria* de Durán y Bas se reconocía únicamente al denominado «dueño directo», que, de acuerdo con la teoría del «dominio dividido» entonces imperante, era el propietario de la finca, cuya posesión y disfrute correspondían al enfiteuta, titular del denominado *dominio útil*, mediante el pago de la pensión al «dueño directo». El artículo 168 del Apéndice de 1930 otorga también el *dret de fadiga* al dueño directo, si bien el artículo 179.1 del mismo Apéndice de 1930 reconoce al censatario el derecho de retracto cuando el censalista venda o dé en pago sus derechos dominicales, y el mismo criterio siguen los artículos 135 y 143 del Apéndice de 1931. Por su parte, el artículo 207 del Proyecto de compilación de 1955 atribuye el *dret de fadiga* al censalista, y el artículo 215.2 del mismo Proyecto de compilación añade que también «[c]ompetirá [...] al censatario el derecho de fadiga». El artículo 42 de la Ley de 1945 atribuye el derecho de fadiga recíprocamente al censalista (dueño directo) y al censatario (dueño útil), mientras que el artículo 312 de la Compilación de 1960 lo otorga al censalista, si bien el artículo 296 de la Compilación de 1960, al remitir la regulación de la enfiteusis a la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de 1945, admite que corresponde asimismo al censatario. Finalmente, el artículo 22.1 de la Ley 6/1990 establece la fórmula que posteriormente reproducirá de forma casi literal el artículo 565-23.1 CCCat: «El dret de prelació anomenat *fadiga*, el qual es reconeix per llei només al censatari, pot ésser atorgat al censalista si s'ha determinat expressament al títol de constitució». Ello, después de apuntar el artículo 13.1 de la Llei 6/1990 que «[e]l cens enfitéutic, a més del dret a la prestació periòdica anual, pot atorgar

El *dret de fatiga* se configura, pues, como un derecho unitario, que se manifiesta o puede manifestarse (art. 565-27 CCCat) a través del derecho de tanteo y del derecho de retracto, en la medida en que este último se vincula al primero —«[e]l tanteig [...] comporta el retracte» (art. 565-24.2 CCCat)— y es consecuencia del mismo en el supuesto de que se lesione o se vulnere. Por otra parte, el *dret de fatiga* puede corresponder tanto al censatario como al censalista y puede otorgarse a ambos con carácter recíproco: se atribuye al censatario en el caso de que el censalista enajene el derecho de censo y se reconoce al censalista cuando el censatario transmita la propiedad de la finca. Desde este punto de vista, atendiendo a la titularidad del *dret de fatiga*, este puede ser asimismo de origen legal o de origen voluntario (art. 565-23.1 CCCat): es de origen legal y, además, de carácter necesario el que corresponde al censatario que, al adquirir el censo cuando su titular lo enajena, libera de tal gravamen la finca de la que es propietario,⁶⁶ mientras que es de origen voluntario —«si ho determina expressament el títol de constitució» (art. 565-23.1 CCCat; cfr. también art. 565-14.1 CCCat)— el que se atribuye al censalista, que permite que adquiera la propiedad de la finca sobre la que ostenta su derecho de censo en el caso de que su dueño la transmita a título oneroso a un tercero.⁶⁷

En cualquier caso, tanto si el *dret de fatiga* se otorga al censatario como si se otorga al censalista, su ejercicio determina la extinción del derecho de censo, puesto que, de acuerdo con el artículo 565-11.1a CCCat, «[e]l cens s'extingeix per [...] [l]es causes generals d'extinció dels drets reals», dentro de las cuales se encuentra la consolidación (art. 532-1 CCCat) que se produce con ocasión de «la reunió de titularitats entre els propietaris i els titulars del dret real» (art. 532-3.1 CCCat).⁶⁸

al censalista el *dret de lluisse* i el *dret de fatiga*, o un sol d'aquests drets, si s'ha estipulat [expressament: artículo 13.2 Llei 6/1990] en el títol de constitució».

66. En este sentido, el *dret de fatiga* constituye un derecho de adquisición preferente a favor del propietario, cuya finalidad adquisitiva no se orienta tanto a la adquisición del derecho de propiedad, puesto que su titular ya es propietario, como a la extinción de un gravamen que afecta al mismo, que adquiere de este modo una propiedad libre. Desde este punto de vista, actualmente cabría considerarlo, pues, como un derecho de tanteo y de retracto del propietario, con la misma función que desempeña el que el artículo 561-10 CCCat le atribuye cuando el derecho de propiedad está gravado con un usufructo: cfr. *supra* el epígrafe 3.1.

67. En este caso, el *dret de fatiga* —a diferencia de lo que sucede cuando corresponde al censatario— se configura como un derecho de adquisición preferente orientado a posibilitar que el titular del derecho a recibir la pensión del censo se convierta en propietario del bien sobre el que recae.

68. A este respecto, la consolidación constituye efectivamente una causa de extinción del censo y no existe limitación alguna a esta eficacia extintiva, a diferencia de lo que sucede —como ya se ha apuntado— en la regulación del usufructo, de acuerdo con el artículo 561-16.1c CCCat. De hecho, la consolidación se ha considerado tradicionalmente como una de las causas de extinción de la enfiteusis; hacen referencia expresa a ella los artículos CXLII, par. 3, de la *Memoria* de Durán y Bas («relativo a la consolidación de los derechos del señor y del enfiteuta»), 142, par. 3, del Apéndice de 1930 y 115, par. 3, del Apéndice de 1931 («relativo a la consolidación del dominio útil con el directo»), 189, par. 3, del Proyecto de compilación de

Por lo que respecta al derecho de tanteo, corresponda al censatario o al censalista, es presupuesto de existencia del mismo la enajenación onerosa («que hagin estat alienats a títol onerós», art. 565-23.2 CCCat) que el titular del derecho de censo —censalista— o el propietario de la finca —censatario— haya decidido realizar («decisió d'alienar», art. 565-24.1 CCCat) de sus respectivos derechos a favor de un tercero.⁶⁹ Aunque, en principio, esta referencia a una enajenación a *título* oneroso es muy amplia y permitiría considerar que cualquier negocio jurídico oneroso con finalidad transmisiva posibilita el ejercicio del *dret de fadiga*, en su manifestación como derecho de tanteo, el artículo 565-26 CCCat («Excepcions al dret de fadiga») reduce notablemente el ámbito de aplicación del mismo al excluirlo en las permutas, las retroventas y las transacciones, así como «[e]n les altres alienacions en les quals els titulars del dret [de fadiga] no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat),⁷⁰ expresión muy general que incluye no solo los supuestos anteriores —haciendo ociosa su mención expresa—,⁷¹ sino también cualquier otro en que concurren estas circunstancias, como pueden ser la dación en pago o la aportación del derecho que se pretende transmitir a una sociedad. En definitiva, pues, el tanteo que posibilita el *dret de fadiga* se reduce prácticamente a las transmisiones onerosas que se realizan mediante un negocio jurídico —cabe pensar en particular en el contrato de compraventa— en el que la contraprestación convenida para la adquisición del derecho que transmite el censalista o el censatario consiste en la entrega de una cantidad de dinero en concepto de *precio*.

1955 («consolidación del dominio útil con el directo o viceversa»), 299, par. 3, de la Compilación de 1960 («consolidació del domini útil amb el directe o viceversa») y 10c de la Llei 6/1990 («consolidació»).

69. Aunque, literalmente, el artículo 565-23.2 CCCat, al referirse tanto al derecho de tanteo como al derecho de retracto que constituyen el *dret de fadiga*, alude a una enajenación ya consumada —«hagin estat alienats»—, está claro que, por lo que respecta al tanteo, ha de tratarse de una enajenación meramente proyectada, en la que la transmisión del derecho al adquirente todavía no se ha producido.

70. La disposición proviene ya del artículo CLXIX de la *Memoria* de Durán y Bas («en las enajenaciones en que el dueño directo [censalista] no puede dar ó hacer lo que se ha convenido»), que recoge también los mismos supuestos en los que no procede el *dret de fadiga*, a los que añade algún otro (innecesario en el caso de las «enajenaciones a título lucrativo» [número 1º], puesto que el *dret de fadiga* solo opera si la transmisión es onerosa); cfr., también, los artículos 169 del Apéndice de 1930, 137 del Apéndice de 1931 y 208 del Proyecto de compilación de 1955. Finalmente, la disposición y los supuestos en los no procede el *dret de fadiga* se reproducen en los artículos 313 de la Compilación de 1960 (no modificado en la reforma de 1984) y 25 de la Ley 6/1990.

71. Mirambell i Abancó diferencia este supuesto de los casos de permuta, retroventa y transacción, pues considera que se refiere a enajenaciones en las que «el componente personalísimo del adquirente o las características personales de la contraprestación no permiten un cambio en la persona del adquirente que, sin duda, se produciría en virtud del reconocimiento del derecho de fadiga al censalista en estos casos»; cfr. Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Comentario del artículo 565-26 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1525.

En cuanto a los requisitos de ejercicio del derecho de tanteo, el artículo 565-24.1 CCCat se refiere a la «notificació fefaent de la decisió d'alienar» y al plazo de tiempo dentro del cual su titular ha de hacerlo valer. La notificación —de la que no se fija el plazo para efectuarla— debe realizarla «el censalista al censatari o viceversa», según quien pretenda transmitir su derecho y a quien corresponda el *dret de fadiga*, y en ella ha de constar, además de la voluntad de enajenar, «la identitat de l'adquirent, [el] preu i [...] les altres circumstàncies de la transmissió» (art. 565-24.1 CCCat). Por su parte, el plazo para ejercitar el tanteo frente al adquirente es de un mes a contar desde la notificación (art. 565-24.1 CCCat) y es un plazo de caducidad, la cual se rige por las reglas de las relaciones jurídicas disponibles. El ejercicio del derecho de tanteo se materializa llevando a cabo su titular «allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat).

Por lo que respecta al derecho de retracto a través del cual se puede manifestar asimismo el *dret de fadiga*, su ejercicio procede «si no hi ha [la] notificació [que possibilita el tanteig] o la transmissió es fa per un preu o unes circumstàncies diferents de les que hi consten» (art. 565-24.2 CCCat), así como —aunque no se diga expresamente— cuando se realiza a favor de un adquirente distinto al indicado o antes de que haya transcurrido el plazo de un mes dentro del cual puede ejercitarse el derecho de tanteo. En todos estos supuestos, «[e]l tanteig [...] comporta el retracte» (art. 565-24.2 CCCat) y el beneficiario del primero —sea el censatario o el censalista— puede hacer valer el segundo frente al adquirente que ha adquirido efectivamente el derecho enajenado, haciendo o dando —como en el caso del tanteo— «allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat). El plazo de ejercicio del derecho de retracto es de caducidad y tiene una duración de tres meses, que empiezan a contar a partir de la fecha en que su titular «té coneixement de l'alienació i de les seves circumstàncies o, si escau, des de la inscripció de la transmissió en el Registre de la Propietat» (art. 565-24.2, final, CCCat).

Finalmente, conviene apuntar que, al regular el régimen jurídico voluntario del derecho de superficie, el artículo 564-4.5 CCCat admite que, en el título de constitución o con posterioridad, el propietario y el superficiario pueden establecer «drets d'adquisició preferents, recíprocs o no», a los cuales se aplican supletoriamente los preceptos que el Código dedica al *dret de fadiga*, a partir de la idea de que responden a la misma finalidad. En efecto, la del derecho de adquisición preferente del propietario —al igual que la del que corresponde al censatario— se orienta a la extinción de un gravamen, en este caso el que supone el derecho de superficie, y a posibilitar la liberación de su derecho de propiedad. Por su parte, la finalidad del derecho de adquisición preferente del superficiario —al igual que la del que ostenta el censalista— se orienta a facilitar la adquisición del derecho de propiedad sobre el que recae su derecho. En definitiva, se trata de derechos de adquisición con relación a los cuales el legislador ha considerado que entre la finca sobre la que recae un derecho de superficie y la finca gravada con un censo enfitéutico existe la semejanza suficiente que

justifica esta aplicación supletoria.⁷² Con todo, cabe dudar de la oportunidad de esta remisión y de la procedencia de esta supletoriedad, puesto que el *dret de fadiga* es de origen legal, mientras que los derechos de adquisición preferente del propietario y del superficiario son de origen voluntario; y existiendo precisamente en el Código civil una regulación general de los derechos de adquisición *voluntaria* (art. 568-5 a 568-7 CCCat, «Disposicions generals») y de los derechos *voluntarios* de tanteo y de retracto (art. 568-13 a 568-15 CCCat), cuya finalidad es propiciar su aplicación supletoria a los supuestos específicos de estos mismos derechos, la remisión del artículo 564-4.5 CCCat hubiera debido referirse a esta regulación general.⁷³

3.5. LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

El artículo 623-27.1 CCCat («Preferència adquisitiva de l'arrendatari») atribuye al arrendatario de una finca rústica «dret de tanteig i retracte» sobre la finca arrendada «en cas d'alienació, dació en pagament o aportació a societat pel propietari», cuyo ejercicio regulan los artículos 623-28 CCCat («Dret de tanteig») y 623-29 CCCat («Dret de retracte»).⁷⁴ Esta preferencia adquisitiva se traduce, pues, en el reconoci-

72. El artículo 564-4.5 CCCat tiene como antecedente inmediato el artículo 4.5b de la Ley 22/2001, precepto que se incluye en la regulación del primero de los derechos enumerados. Ahora bien, lo dispuesto en este artículo 4.5b de la Ley 22/2001 no coincide exactamente con lo que establece el artículo 564-4.5 CCCat y pueden destacarse dos diferencias: en primer lugar, los derechos de adquisición que pueden pactarse al amparo del artículo 4.5b de la Ley 22/2001 han de ser «recíprocs», exigencia que no recoge el artículo 564-4.5 CCCat, que admite que dichos derechos sean «recíprocs o no»; en segundo lugar, en el artículo 4.5b de la Ley 22/2001 no se establece remisión a la aplicación supletoria de regulación alguna, ni, por tanto, a la del *dret de fadiga*, razón por la cual cabría entender que los derechos de adquisición mencionados en el precepto se regían por los artículos —de carácter general— que la misma Ley 22/2001 dedicaba precisamente a los «drets d'adquisició voluntària o preferent».

73. La remisión a una u otra regulación comporta consecuencias distintas en el ámbito en el que operan los derechos de adquisición preferente. Si se aplica «el règim que aquest codi estableix per a la fadiga» tal como establece el artículo 564-4.5 CCCat, dichos derechos serán de aplicación cuando se produzca una enajenación onerosa en los términos previstos por los artículos 565-23.2 y 565-26 CCCat, que —como ya se ha apuntado— la limitan, en última instancia, a aquella en la que «els titulars del dret [de fadiga] poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (*arg. ex art. 565-26d CCCat*). En cambio, si la remisión se efectúa a la regulación general de los derechos de adquisición de origen voluntario (cfr. art. 568-14 CCCat), estos —como también se ha indicado— podrán ejercitarse a partir de cualquier tipo de negocio oneroso —por ejemplo, compraventa, permuta, aportación a sociedad, dación en pago— susceptible de transmitir a un tercero el derecho gravado con el derecho de adquisición preferente.

74. Los antecedentes de la regulación del Código se encuentran en la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo, y, más concretamente, en sus artículos 33-35, en cuyas disposiciones se inspiran, no sin introducir alguna modificación, los artículos 623-27 a 623-29 CCCat. Sobre estos preceptos, con carácter general, cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos de obligaciones y contratos*, 2a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo,

miento a favor del arrendatario de un derecho unitario —«dret de tanteig i retracte»— que puede operar en dos momentos distintos: en primer lugar, cuando el propietario de la finca arrendada exteriorice su propósito de transmitir —«voluntat d'alienar» (art. 623-28.1 CCCat)— su derecho de propiedad, otorgando un negocio transmisivo oneroso con esta finalidad, de modo que corresponderá al arrendatario el derecho de tanteo; y, en segundo lugar, cuando el propietario transmite efectivamente su derecho de propiedad a un tercero, vulnerando el derecho de tanteo del arrendatario, caso en el que se atribuirá a este último el derecho de retracto.

Así configurado, este «dret de tanteig i retracte» tiene naturaleza real, puesto que, solo si el tanteo es de naturaleza real, posibilita el ejercicio del retracto y permite que el arrendatario pueda hacerlo valer frente al adquirente: el gravamen que supone el derecho de tanteo, al ser de naturaleza real, se transmite con el derecho de propiedad que, de resultas de su infracción, adquiere el tercero y permite que su titular pueda ejercitarlo frente a este como derecho de retracto. En cambio, el ejercicio de este último no procedería si el tanteo fuera personal, toda vez que, en tal caso, su vulneración por el propietario tan solo atribuiría al arrendatario una pretensión indemnizatoria frente al mismo, sin que, en ningún caso, su «preferència adquisitiva» fuera oponible a terceros.

Por ello, siendo esto así y siendo de naturaleza real este «dret de tanteig i retracte» del arrendatario de una finca rústica, se da la circunstancia de que, en este caso, este derecho real de adquisición preferente no se vincula a un derecho real —como puede ser el derecho de propiedad o el derecho que constituye un gravamen sobre el mismo—, sino a un derecho personal, puesto que de esta naturaleza es el que ostenta el arrendatario sobre la finca arrendada y que legitima su posesión sobre ella, facultándole para «conrear la finca [...] amb les plantacions o sembres que més li convinguin per a fer-ne seus els fruits» (art. 623-11.2 CCCat). A diferencia de los demás derechos de adquisición de naturaleza real que regula el Código civil en determinados supuestos, que se reconocen al titular que lo es también de un derecho real, el derecho de adquisición preferente del arrendatario es un derecho real que se otorga al titular de un derecho de crédito con la finalidad de posibilitar la adquisición por su parte del derecho de propiedad sobre un bien —la finca rústica— cuya posesión ya ostenta como consecuencia de ese derecho de crédito. El arrendatario de una finca rústica es titular de un derecho personal, que es el que determina su condición de arrendatario y de poseedor de un bien ajeno, y es también titular de un derecho real de adquisición preferente, vinculado a este derecho personal, cuyo ejercicio le permite convertirse en propietario del bien poseído. En definitiva, el arrendatario es titular de un derecho

Marcial Pons, 2021, p. 588-590; M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «Contrato de arrendamiento de bienes - contratos de cultivo», en M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLÉ RESINA (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 558-563.

de crédito frente al propietario de la finca arrendada —oponible solo frente a este— y, al mismo tiempo, es titular de un derecho real —oponible frente al propietario y también frente a terceros— que grava el derecho de propiedad sobre la misma y que le faculta para adquirirla si el dueño la transmite.

La atribución al arrendatario de una finca rústica de este derecho de adquisición preferente se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias, relativas a la calificación de la finca arrendada, a la persona del adquirente beneficiario de la transmisión y a la cualidad en la que el arrendatario desarrolla la actividad agraria. En este sentido, en efecto, se excepciona la atribución del tanteo y del retracto al arrendatario *a)* si la finca no tiene la calificación de rústica (art. 623-27.1*b* CCCat), *b)* si el adquirente es copropietario de la finca o es cónyuge o conviviente o tiene relación de parentesco con el propietario (art. 623-27.1*a* CCCat),⁷⁵ y *c)* si el arrendatario no tiene la cualidad de «conreador directo i personal» (art. 623-8.2 CCCat, y define esta cualidad el artículo 623-6 CCCat).

Determinado de este modo, por vía negativa, cuándo se atribuyen al arrendatario los derechos de tanteo y de retracto, el presupuesto para que se produzca su ejercicio es la «alienació onerosa, dació en pagament o aportació a societat» (art. 623-27.1, 623-28.1 y 623-29.1 CCCat)⁷⁶ del derecho de propiedad sobre la finca por parte de su dueño, enajenación meramente proyectada, en el caso del tanteo (art. 623-28 CCCat), o ya consumada, en el del retracto (art. 623-29 CCCat). Aunque la enumeración transcrita no destaca por su precisión técnica —la dación en pago y la aportación a sociedad son enajenaciones onerosas—, la pretensión del legislador es excluir los derechos de tanteo y de retracto de las transmisiones a título gratuito y limitarlos a las onerosas,⁷⁷ y cabe destacar que, dentro de estas últimas, estos derechos de adquisición preferente se otorgan al arrendatario, sea cual sea el negocio por medio del cual se articule la transmisión y, por ello, sea cual sea la contraprestación que asuma el adquirente, con independencia de que pueda ser realizada o no por el arrendatario. De ahí que la dación en pago y la aportación a sociedad —al igual que la permuta, que no se menciona expresamente pero que hay que entender incluida dentro de la «alienació

75. Aunque la redacción del artículo 623-27.1*a* CCCat puede inducir a equívoco, el precepto contempla dos supuestos distintos y la mención al cónyuge, al conviviente y a los parientes no se refiere a los que lo sean del copropietario, sino a los del propietario transmitente. En cuanto a la relación de parentesco, se extiende a los ascendientes, los descendientes y los parientes consanguíneos o por adopción hasta el segundo grado.

76. En la Ley 1/2008 los negocios jurídicos a través de los cuales podía formalizarse la transmisión susceptible de originar la preferencia adquisitiva del arrendatario eran la «compravenda, permuta, dació en pagament, donació entre vius o aportació a societat» (art. 33.1 Ley 1/2008), de modo que le reconocían, pues, derechos de tanteo y de retracto no solo en los supuestos de enajenación a título oneroso, sino también en los de enajenación a título gratuito.

77. Modificando el criterio adoptado por el artículo 33.1 de la Ley 1/2008, tal como se apunta en la nota anterior.

onerosa»— posibiliten el tanteo y el retracto, y permitan su ejercicio al arrendatario mediante el pago al propietario del «valor» atribuido a su derecho de propiedad (art. 623-28.1 y 2 CCCat: «[...] preu o valor»).

Por lo que respecta al ejercicio del derecho de tanteo, el artículo 623-28 CCCat exige, por una parte, que el propietario de la finca notifique fehacientemente al arrendatario su decisión de transmitirla y, por otra, que este último, a su vez, haga valer su derecho dentro del plazo legalmente establecido. La notificación fehaciente —con relación a la cual no se fija el plazo para realizarla— ha de referirse a la «voluntat d'alienar» del propietario, al precio fijado como contraprestación o al valor que se ha atribuido a su derecho, y a «les altres circumstàncies de l'acte jurídic de transmissió» (art. 623-28.1 CCCat). En cuanto al plazo de ejercicio del tanteo, es de dos meses —«següents a la notificació» (art. 623-28.2 CCCat)—, y dicho ejercicio debe materializarse por medio del pago o la consignación notarial por parte del arrendatario al propietario del precio o valor correspondiente al derecho de propiedad (art. 623-28.2 CCCat).

En cuanto al ejercicio del derecho de retracto, el artículo 623-29.1 CCCat lo reconoce al arrendatario si el propietario vulnera su derecho de tanteo transmitiendo efectivamente la propiedad de la finca arrendada a un tercero, ya sea sin haber notificado previamente y de modo fehaciente al arrendatario su voluntad de enajenar, ya sea —si existe la notificación— por haber efectuado la transmisión antes del transcurso de los dos meses de ejercicio del tanteo o en condiciones distintas de las comunicadas. Es verdad que en toda transmisión de una finca rústica se ha de manifestar si está arrendada o no y, si se manifiesta que lo está, si se ha notificado al arrendatario la voluntad de transmitirla y las condiciones de la transmisión (art. 623-29.3 CCCat). Pero la omisión o inexactitud de estas manifestaciones no afecta a la validez ni a la eficacia de la transmisión y la única consecuencia que deriva de ellas se concreta exclusivamente en la primera, pues impide el acceso del título de adquisición de la finca al Registro de la Propiedad, puesto que para inscribirlo se ha de justificar la notificación fehaciente de la transmisión proyectada al arrendatario (art. 623-29.4 CCCat). Ahora bien, la falta de inscripción tampoco no afecta a la validez y la eficacia de la transmisión; y, por otra parte, en caso de que se justifique la notificación y proceda la inscripción, el registrador no puede entrar a valorar si se ha realizado con posterioridad al plazo de dos meses de ejercicio del derecho de tanteo o si las condiciones de la transmisión proyectada recogidas en ella coinciden con las de la transmisión realizada, por lo que ninguna de dichas circunstancias puede impedir el acceso del título al Registro.

La única trascendencia que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad se relaciona con el plazo de ejercicio del derecho de retracto y su *dies a quo*. En efecto, el artículo 623-29.2 CCCat establece que el arrendatario ha de ejercer el retracto «en els dos mesos següents al moment en què tingui coneixement de l'alienació, o al moment de la inscripció d'aquesta en el Registre de la Propietat, si s'ha produït abans». De acuerdo con el inciso final de este precepto, a efectos de determinar la finalización del

plazo de ejercicio del derecho de retracto prevalece el momento en el que se inscribe la transmisión en el Registro de la Propiedad —se ajuste o no la notificación de la misma a los requisitos de tiempo y contenido del artículo 623-29.1 CCCat— sobre el momento en el que el arrendatario tenga conocimiento efectivo de la realización de la transmisión, cuando este conocimiento sea posterior a la inscripción.⁷⁸ Pero si la transmisión no se inscribe en el Registro, el único criterio para fijar el inicio del plazo de ejercicio del retracto es el conocimiento que el arrendatario tenga de la misma, y, si no se acredita este conocimiento, no se inicia el cómputo del plazo.

Finalmente y por lo que respecta al modo de ejercicio del derecho de retracto, aunque no se regule expresamente, se materializa también —como en el caso del derecho de tanteo— pagando o consignando el arrendatario el precio o el valor por el que el tercero adquirió la propiedad de la finca, y el adquirente —y no el propietario— es el destinatario del pago o de la consignación.

3.6. EL DERECHO DE RETRACTO DEL PROPIETARIO COLINDANTE

Los artículos 568-16 a 568-20 CCCat⁷⁹ regulan el derecho de retracto que se otorga al propietario de una finca rústica (art. 568-17.2 CCCat) y cuyo ejercicio le faculta, cuando el dueño de la colindante la enajena a favor de una persona que no sea propietaria de alguna de las fincas que limitan con ella (art. 568-18.1 CCCat), para subrogarse en la posición jurídica del adquirente (art. 568-16.1 CCCat) y convertirse en propietario de la finca enajenada. Se trata de un derecho de retracto de origen legal, no vinculado a un derecho de tanteo previo,⁸⁰ cuya existencia no ha previsto el

78. Con todo y a pesar de lo dispuesto en el artículo 623-29.2 CCCat, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC) de 17 de febrero de 2020, si bien en aplicación de la Ley 1/2008, consideró que el plazo para el ejercicio del derecho de retracto empieza a contar desde el conocimiento efectivo de la transmisión producida, por lo que es irrelevante la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad.

79. Por lo que respecta a estos preceptos, cfr. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario de los artículos 568-16 a 568-20 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1723-1746.

80. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario del artículo 568-16 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1724-1726, destaca:

Lo que más sorprende, no ya solamente del art. 568-16 CCC, sino de toda la subsección dedicada al retracto de colindantes —y, asimismo, de la regulación que se hace de la tornería—, es que el derecho de adquisición preferente de los colindantes se configura como un derecho de retracto «aislado», o, en los términos del art. 568-14.5 CCC, como un «derecho de retracto desconectado de un derecho de tanteo previo».

Explica esta configuración —a su juicio, criticable— por el «seguidismo» del legislador respecto de la regulación de este retracto en los artículos 1521-1525 del Código civil español, con la particularidad,

legislador:⁸¹ el ejercicio del derecho de adquisición se origina exclusivamente en una enajenación consumada, y no en una meramente proyectada.

El presupuesto de ejercicio de este derecho de retracto es la enajenación onerosa de una finca rústica, si bien la atribución del mismo al propietario de la finca colindante exige la concurrencia de determinados requisitos subjetivos y objetivos. Por lo que respecta a los primeros, los apartados 1 y 2 del artículo 568-17 CCCat solo reconocen el derecho de retracto al propietario de la finca rústica colindante si tiene la consideración de «conreador directe i personal» (cfr. art. 623-6 CCCat para el concepto de «conreador directe i personal»⁸²). Y, en cuanto a los requisitos objetivos, el artículo 568-18 CCCat establece que el derecho de retracto se puede ejercitar cuando la finca rústica objeto de enajenación tenga una superficie inferior a la de la unidad mínima de cultivo (ap. 1) o cuando en dicha finca no existan «construccions ajustades a la legalitat el valor de les quals representa més dels dos terços del de la finca» (ap. 2).

Si concurren todos estos requisitos, la transmisión onerosa que posibilita el retracto se limita a la que se formaliza por medio de un contrato de compraventa o se materializa a través de una dación en pago (art. 568-18.1 CCCat).⁸³ El titular del derecho de retracto tiene un plazo —de caducidad— de dos meses para ejercitarlo, que empieza a contar «des del moment en què els propietaris conreadors directes de les finques confrontants tenen coneixement de l'alienació i de les seves circumstàncies o des de la data en què la transmissió s'inscriu en el Registre de la Propietat» (art. 568-19.1 CCCat).⁸⁴ En cuanto al modo de ejercicio del retracto, se materializa pagando su ti-

además, de que la referencia exclusiva de dichos preceptos al derecho de retracto obedece a un error que tiene su origen en la evolución legislativa de los mismos.

81. Aunque, ciertamente, podría haberlo regulado. En este sentido, el hecho de que el propietario de la finca rústica que enajena su derecho no tenga que comunicar su decisión a los propietarios de las fincas colindantes, le libera de la carga que supone la notificación en el derecho de tanteo y vincula el ejercicio del retracto a la diligencia del propio titular del derecho de retracto, que solo puede ejercitar su derecho si tiene conocimiento de la enajenación realizada e incluso puede llegar a perderlo sin haber tenido la posibilidad de ejercitarlo, si la caducidad de su plazo de ejercicio viene determinada por el criterio preferente de la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad como *dies a quo*.

82. En el caso de existir distintas fincas rústicas colindantes y de que sean varios los propietarios de las mismas a los que, por tener la consideración de cultivador directo y personal, pueda corresponder el derecho de retracto, tiene preferencia el dueño de la finca de menor superficie y, si es idéntica, el de la finca con mayor perímetro colindante (art. 568-17.3 CCCat).

83. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario del artículo 568-18 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1737, prescindiendo de la literalidad del precepto, se muestra partidario «de una interpretación extensiva del artículo 568-18 CCC, ampliando la procedencia del retracto a toda enajenación en la que la contraprestación dada a cambio sea fungible».

84. Con relación al precepto transcrito, cabe apuntar una omisión y hacer una precisión: por una parte, los propietarios han de tener la consideración de «conreadors directes i personals», y no solo «directes» (cfr. art. 568-17 CCCat); por otra parte, el *dies a quo* del plazo no empieza en el momento en el que *todos* los propietarios de las fincas colindantes tienen conocimiento de la enajenación, sino en el momento en el

tular al adquirente «el mateix preu o valor i en les condicions convingudes», de modo que se produce la subrogación del primero en la posición jurídica del segundo (art. 568-16.1 CCCat) y la adquisición de la finca objeto de retracto a favor del retrayente (cfr. art. 568-19.2 CCCat).

3.7. EL DRET DE TORNERIA

Los artículos 568-21 a 568-26 CCCat⁸⁵ regulan el denominado «dret de torneria», propio exclusivamente del territorio de Aragón y que se configura como un derecho de retracto de origen legal, en virtud del cual su titular puede subrogarse en la posición jurídica del adquirente (art. 568-21.1 CCCat) de una finca rústica enajenada a título oneroso por un pariente de dicho titular (art. 568-22.2 CCCat).⁸⁶ De acuerdo con la regulación del Código civil, el *dret de torneria* constituye un derecho de retracto legal que opera con relación a una transmisión onerosa ya consumada, sin que corresponda a su titular asimismo un derecho de tanteo previo, cuya vulneración por el propietario transmitente determine el ejercicio del derecho de retracto.⁸⁷

que el propietario que quiere ejercitar el derecho de retracto tiene conocimiento —o pudo tener conocimiento— de la misma.

85. Por lo que respecta a estos preceptos, cfr. Neus CORTADA CORTIJO, «Comentario de los artículos 568-21 a 568-26 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1746-1767, esp. p. 1747, donde considera que «[l]a regulación del derecho de tornería en el libro V del Código civil de Cataluña constituye toda una novedad en el ordenamiento jurídico catalán, no ya por su inclusión y reconocimiento, sino propiamente por su detallada y renovada regulación».

86. El *dret de torneria* es una institución de origen consuetudinario, propia del valle de Aragón, recogida en el capítulo VII del *Privilegi de la Querimònia*, otorgado por Jaime II en 1313 y confirmado por Alfonso III. Mantenido su vigencia como institución consuetudinaria, el *dret de torneria* es acogido en la Compilación de 1960 por medio de una mera referencia remisiva: «En el Valle de Aragón, regirá el derecho llamado de tornería, de conformidad con los privilegios, los usos y costumbres de la comarca» (art. 329 de la Compilación de 1960, no modificado por la reforma de 1984). Con todo y a pesar de lo manifestado por este precepto y de la detallada regulación que posteriormente desarrollan los artículos 568-21 a 568-26 CCCat, el *dret de torneria* tiene escasa aplicación en la práctica y parece difícil su subsistencia.

87. No parece, sin embargo, que originariamente haya sido así. El *Privilegi de la Querimònia*, en efecto, establecía que «quilibet homo dicte vallis [d'Aran] si vult vendere domos, terras, vineas, molendina aut aliqua bona immobilia debet reliquere fratres, si habet, vel consanguineos germanos aut propinquiores in linea parentele, si vult emere res vendibiles quas ipse vult vendere». Es decir, de acuerdo con la disposición transcrita, los «fratres vel consanguineos germanos aut propinquiores in linea parentele» del transmitente tenían la posibilidad de adquirir también con preferencia las «res vendibiles» antes de que su propietario las vendiera a un tercero, a requerimiento del propio transmitente. Neus CORTADA CORTIJO, «Comentario del artículo 568-21 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1749, critica y considera injustificada la decisión del legislador de «alterar la configuración tradicional de dicha institución [la tornería], limitando [...] el derecho de tornería a un retracto legal».

La existencia del *dret de torneria* requiere que concurren determinadas circunstancias de carácter subjetivo y de carácter objetivo. Las primeras se predicen tanto del titular del derecho de retracto como del adquirente de la finca transmitida. Por lo que respecta al titular del derecho, el artículo 568-22 CCCat legitima y limita su atribución a «els parents fins al quart grau en la línia de la qual procedeixen els béns» (ap. 2), siempre y cuando tengan la vecindad local de Arán (ap. 1),⁸⁸ mientras que, con relación al adquirente, el artículo 568-23.1 CCCat señala que ha de ser una persona extraña a la familia del propietario transmitente o «amb un parentiu més enllà del quart grau col·lateral». Las circunstancias de carácter objetivo se refieren a la finca objeto de transmisión, que ha de ser una finca rústica situada en el territorio de Arán⁸⁹ y que tiene que haber pertenecido «als parents per consanguinitat durant dues o més generacions immediatament anteriors a la del disposant o la disposant» (art. 568-23.1 CCCat).

La transmisión onerosa que, atendida la concurrencia de las circunstancias anteriores, determina el ejercicio del *dret de torneria* por parte de los parientes del transmitente, se circunscribe a la que se realiza mediante una compraventa o una dación en pago (art. 568-23.1 CCCat).⁹⁰ El plazo de ejercicio del derecho es de un año y un día «a comptar de la data en què s'inscriu la transmissió en el Registre de la Propietat o en què es té coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies si la transmissió no s'hi inscriu» (art. 568-24.1 CCCat). En cuanto al modo de ejercicio del *dret de torneria*, requiere que su titular satisfaga al adquirente el «mateix preu i en les condicions convingudes» en el negocio transmisivo (art. 568-24.2 CCCat), de modo que se subrogue en la posición jurídica de este último (art. 568-21.1 CCCat) y adquiera la finca objeto de retracto (art. 568-24.2 CCCat).

88. En el supuesto de que existan varios parientes legitimados para ejercer el *dret de torneria*, el artículo 568-22.3 CCCat prefiere al pariente de grado más próximo al transmitente y, en igualdad de grado, al de más edad, y remite a las normas de la sucesión intestada para el cómputo de grados.

89. El artículo 568-23.2 CCCat especifica también que «[e]l *dret de torneria* es pot exercir sobre la casa pairal i les seves dependències encara que siguin en sòl urbà, llevat que formin part d'una explotació comercial o turística».

90. Neus CORTADA CORTIJO, «Comentario del artículo 568-23 CCCat», en DECANATO AUTÓNOMO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1757, entiende que los negocios jurídicos onerosos que posibilitan el ejercicio del *dret de torneria* «pueden ser la compraventa, la dación en pago y las ventas judiciales realizadas en pública subasta», y añade que «[l]a interpretación restrictiva del retracto legal, por la limitación que supone al dominio y a la voluntad de las partes, nos lleva a afirmar que no procederá en supuestos de adquisición del bien por permuta, título hereditario o renta vitalicia».

4. HACIA UNA REGULACIÓN UNITARIA DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Como se ha indicado al principio de este trabajo, la concurrencia en el Código civil de Cataluña de una regulación general de los derechos reales de adquisición preferente de origen voluntario y de una serie de preceptos relativos a determinados derechos reales de adquisición preferente —de origen legal y de origen voluntario— en concreto, posibilita la existencia de una regulación general unitaria de los derechos de tanteo y de retracto en la que se regulen los aspectos y las cuestiones comunes a todos ellos, de manera que baste una remisión a esta regulación general en los preceptos dedicados a los derechos concretos para establecer su régimen jurídico, lo que evitaría las repeticiones, pero también las dudas que suscita esta diversidad de regulaciones.

Como también se ha indicado, esta regulación general unitaria debería referirse —al menos— a tres cuestiones: el presupuesto de ejercicio de los derechos reales de tanteo y de retracto, los requisitos de ejercicio de estos derechos y los efectos reales que derivan del mismo. Las dos primeras cuestiones son objeto de regulación tanto en las disposiciones generales dedicadas a los derechos de adquisición voluntarios como en los preceptos concretos que se ocupan de determinados derechos de tanteo y de retracto en particular, y, por esta razón, una regulación unitaria de las mismas evitaría reiteraciones innecesarias. La tercera cuestión —los efectos reales derivados del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto— no está, a mi juicio, contemplada —o no lo está con suficiente claridad— ni en la regulación general de los derechos de adquisición voluntarios ni en la específica de los derechos de tanteo y de retracto en concreto; de ahí que, en este caso, su regulación unitaria podría subsanar la omisión y aclarar la cuestión.

4.1. EL PRESUPUESTO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO: LA ENAJENACIÓN ONEROSA

Los derechos reales de tanteo y de retracto constituyen un gravamen que afecta al derecho de propiedad, puesto que su ejercicio se reconoce a su titular cuando el propietario proyecta transmitir —derecho de tanteo— o transmite efectivamente —derecho de retracto— su derecho a un tercero,⁹¹ siempre y cuando la transmisión

91. Recuérdese lo dicho al principio, en el epígrafe 1, en el sentido de que, aunque los derechos de adquisición preferente se suelen vincular al derecho de propiedad y se orientan a posibilitar su adquisición por parte del titular del tanteo o del retracto, son también derechos de adquisición preferente los que en determinados supuestos se reconocen al propietario cuyo derecho está gravado con un derecho real limi-

proyectada o la transmisión realizada se produzcan dentro del «termini de durada del dret [d'adquisició preferent]» (art. 586-6a CCCat), toda vez que el vencimiento de este plazo constituye una causa de extinción del mismo (art. 568-7.1 CCCat).

Ahora bien, de acuerdo con la regulación recogida en el Código civil, tanto con carácter general para los derechos de adquisición preferente de origen voluntario, como específicamente para determinados derechos de adquisición preferente —de origen legal y voluntario— en particular, no toda transmisión posibilita el ejercicio de estos derechos, sino única y exclusivamente la que se formaliza por medio de un negocio de enajenación oneroso, en virtud del cual el eventual adquirente —en el caso del derecho de tanteo— o el adquirente efectivo —en el caso del derecho de retracto— asume, como contraprestación al derecho que adquiere, la obligación de realizar una determinada conducta a favor del transmitente. Se excluye de este ámbito, pues, la enajenación a título gratuito, que, excepcionalmente, solo tiene trascendencia cuando el derecho de propiedad esté gravado con un usufructo o con un derecho de aprovechamiento parcial, en cuyo caso, si el usufructuario o el titular de este derecho se propone transmitir su derecho o lo trasmite a un tercero, el propietario está facultado para hacer valer el derecho de tanteo y de retracto, si la transmisión es onerosa, o el derecho de retracto exclusivamente, si es gratuita (art. 561-10.1 y 563-4 CCCat).⁹²

En este sentido, pues, bastaría con establecer en la regulación unitaria que se propone un precepto que faculte al titular del derecho de adquisición preferente para ejercerlo siempre que el propietario gravado lo enajene a título oneroso, sin necesidad de reproducir este precepto en las disposiciones dedicadas a los distintos derechos de tanteo y de retracto de los que se ocupa el Código civil, en las que sería suficiente una simple norma remisiva. Únicamente en la regulación del usufructo, con relación al derecho de adquisición preferente del nudo propietario,⁹³ habría que precisar expresamente su aplicación a todo supuesto de transmisión del derecho de usufructo, con independencia del carácter oneroso o gratuito de la misma, en atención a la finalidad que persigue este derecho de adquisición preferente, orientado a la extinción del gravamen y a facilitar la libertad y plenitud del dominio.⁹⁴

tado y cuyo ejercicio le permite extinguir el gravamen y adquirir una propiedad libre. Aunque en el texto se haga referencia solo a los derechos de adquisición preferente que facultan la conversión de su titular en propietario, lo que se diga es de aplicación también a aquellos cuya finalidad es la extinción de un gravamen y la liberación del derecho de propiedad.

92. Cfr. *supra* el epígrafe 3.1.

93. Y, por remisión, en la regulación del derecho de adquisición preferente del propietario y de los titulares de un derecho real posesorio sobre una finca gravada con un derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-4 CCCat).

94. Por más que, como ya se ha indicado, la extinción por consolidación solo opera respecto del usufructo que recae sobre bienes muebles (art. 561-16.1c CCCat). Por otra parte, cabe apuntar también que el criterio de facultar el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en los supuestos de transmisión a título gratuito solo se aplica para posibilitar la liberación del derecho de propiedad gravado con

Ahora bien, para el caso de que esta regulación general unitaria sancione la vinculación del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto a la transmisión onerosa del derecho de propiedad gravado, habría que precisar también el alcance o la extensión de esta transmisión —o, lo que es lo mismo, qué negocios onerosos propician este ejercicio—. En efecto, en la regulación —general y particular— de los derechos de adquisición preferente el legislador ha seguido tres criterios para delimitar el ámbito de aplicación de las transmisiones onerosas susceptibles de posibilitar el ejercicio de estos derechos: en primer lugar, haciendo referencia, sin más, a la existencia de un «negoci jurídic oneros» (art. 568-1c CCCat), una «transmissió onerosa» (art. 547-5c, 561-10.1 y 568-14.1 CCCat) o una «alienació a títol oneros» (art. 552-4.1 CCCat) o «alienació onerosa» (art. 623-27.1 CCCat),⁹⁵ y puede considerarse que esta referencia incluye cualquier clase de negocio jurídico oneroso a través del cual puede formalizarse una enajenación o una transmisión a cambio de una contraprestación; en segundo lugar, especificando los concretos negocios jurídicos onerosos cuya eventual realización o cuya realización efectiva permite ejercitar los derechos de adquisición preferente, eso es, «compravenda [o venda] o dació en pagament» (art. 463-6.2, 568-18.1 y 568-23.1 CCCat), entendiendo que solo estos negocios facultan su ejercicio; y, en tercer lugar, por la vía de exclusión, negando que dicho ejercicio proceda en determinadas enajenaciones onerosas —las que se articulan por medio de «permutes, retrovendes i transaccions» y, en general, aquellas «en les quals els titulars del dret [d'adquisició preferent] no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26 CCCat)—, criterio del que cabe deducir la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y de retracto cuando se otorgue un negocio distinto de los mencionados y, sobre todo, en los supuestos en los que los titulares de estos derechos pueden realizar la contraprestación asumida por los adquirentes.

En esta tesitura, cabe plantear cuál de estos tres criterios es el más adecuado para determinar el presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto en una

un usufructo, pero no en otros supuestos en los que se encuentra igualmente gravado: cfr., así, los artículos 564-4.5 CCCat, con relación al derecho de propiedad sobre el que recae el derecho de superficie, y 565-23 CCCat, en cuanto a la propiedad afectada por el censo enfiteutico.

95. Respecto a los derechos de tanteo y de retracto del arrendatario de una finca rústica, el artículo 623-27.1 CCCat lo vincula no solo a la realización de una «alienació onerosa», en general, sino que añade, además, una referencia expresa a la «dació en pagament» y a la «aportació a societat», que, en rigor, no sería necesaria toda vez que una y otra son también «alienacions oneroses». En este sentido, parece que el legislador ha querido dejar claro que cualquier enajenación onerosa, sea cual sea el negocio jurídico a través del cual se formalice, posibilita la «preferència adquisitiva de l'arrendatari» (rúbrica del artículo 623-27 CCCat); con todo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley 1/2008, antecedente inmediato del precepto y que incluye una enumeración pormenorizada de los negocios jurídicos susceptibles de originar esa preferencia adquisitiva, cabe considerar también que la «alienació onerosa» del artículo 623-27.1 CCCat se refiera únicamente —con criterio discutible— a la compraventa y a la permuta: cfr. *supra* la nota 75.

regulación que se pretenda general y unitaria. La fijación de este criterio es, en última instancia, una cuestión de política legislativa en la que conviene atender —al menos— a una doble consideración: por una parte, que los derechos reales de adquisición preferente constituyen una restricción del derecho de propiedad y, como tales, han de ser objeto de una interpretación estricta, lo que abona la tesis de un criterio asimismo estricto o restringido con relación a las *transmisiones onerosas* a las que se vincula el ejercicio de estos derechos; por otra parte, que la existencia de los derechos reales de adquisición supone una situación de conflicto entre estos derechos y el derecho de propiedad, en la que, en la determinación del criterio que defina las *transmisiones onerosas* que posibilitan el ejercicio de los primeros, hay que tener en cuenta los intereses en juego y valorar cuál de ellos —el de los titulares de los derechos de adquisición o el de los propietarios— es preferente: si prima el interés de los titulares de los derechos de adquisición, el criterio que define las *transmisiones onerosas* a las que se vincula su ejercicio será un criterio amplio, mientras que si se otorga preferencia al interés de los propietarios, será estricto o restringido.

El criterio tradicionalmente seguido en el derecho catalán era el establecido para el *dret de fadiga*, que —como ya se ha indicado— constituye el derecho real de adquisición preferente por excelencia del derecho civil catalán y el único que sus normas han regulado con detenimiento, por lo que sirve de modelo a todos los que se han incorporado con posterioridad a su ordenamiento jurídico. De acuerdo con este criterio, no toda *transmisión onerosa* posibilita el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, sino solo la que se formaliza a través de un negocio jurídico en el que la contraprestación asumida por el adquirente —eventual o efectivo— es susceptible de ser realizada también por el titular de los derechos de adquisición preferente. A tenor de este criterio, pues, esta *transmisión onerosa* se reduce prácticamente a la realizada mediante un contrato de compraventa, puesto que la prestación del adquirente consiste en la satisfacción de una cantidad de dinero en concepto de *precio* y, por lo tanto, dicha prestación puede ser llevada a cabo por cualquiera. Este criterio, recogido ya en el artículo CLXIX de la *Memoria* de Durán y Bas, es también el que acoge actualmente el artículo 565-26 CCCat,⁹⁶ pero se excluye el *dret de fadiga* en las permutas, las retroventas y las transacciones, así como «[e]n les altres alienacions en les quals els titulars del dret [de fadiga] no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat).⁹⁷

96. Para la evolución de esta disposición a lo largo del período codificador del derecho civil catalán, cfr. *supra* la nota 69.

97. Con la particularidad de que —como ya se ha visto— es un criterio que se aplica tanto a las «transmisiones onerosas» a través de las cuales el censalista enajena su derecho de censo, facultando al censatario, propietario de la finca gravada, el ejercicio del *dret de fadiga*, como a aquellas por las que este último enajena su derecho de propiedad, permitiendo al censalista —si así se ha pactado expresamente— ejercer el *dret de fadiga* y adquirir la finca.

Este criterio es, también, el que acoge la Ley 22/2001, al regular, con carácter general, los derechos de adquisición voluntaria. En efecto, el artículo 19*b* de dicha ley define el *derecho de tanteo*⁹⁸ como el «que atorga al titular la facultat d'adquisició preferent, en les alienacions oneroses en les quals el titular del dret pugui fer o donar la contraprestació a què s'hagi compromès l'adquirent», y remite a un concepto limitado de las «alienacions oneroses» a las que se vincula el ejercicio del tanteo. Sin embargo, al establecer esta regulación general para los derechos de adquisición voluntaria, el Código civil ha abandonado este criterio restringido y se ha decantado por un criterio amplio, pues ha considerado que cualquier «negoci jurídic onerós» (art. 568-1.1*c* CCCat) o cualquier «transmissió onerosa» (art. 568-14.1 CCCat) es susceptible de posibilitar el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto. A mi juicio, que el artículo 568-1.1*b* y *c* CCCat faculte al titular de estos derechos para adquirir el bien sobre el que recaen «amb les mateixes condicions pactades o convingudes» con el eventual adquirente o con el adquirente efectivo en un negocio jurídico oneroso, no supone que la contraprestación que este se ha obligado a realizar o que ha realizado ya sea o tenga que ser fungible,⁹⁹ puesto que dichas «condicions» se refieren al modo de realización de la contraprestación y no a su objeto, que, dado que consiste en una cantidad de dinero, tanto puede corresponder al *precio* como al *valor* del derecho gravado.

Esta idea se confirma con la precisión de que el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto permite la adquisición del derecho objeto de enajenación onerosa «pel mateix preu o valor» (cfr. art. 552-4.1 y 623-28 CCCat) atribuido al mismo, lo que convierte el contenido de la contraprestación del adquirente en una prestación dineraria que puede ser realizada por cualquiera y, por tanto, también por el titular del derecho de adquisición preferente. En este sentido y en esta regulación general unitaria para todos los derechos reales de adquisición preferente que se propone, podría mantenerse este criterio amplio y facultar el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto por su titular en todo supuesto de *transmisión onerosa* o de *enajenación a título oneroso*, con independencia del negocio jurídico a través del cual se articule,¹⁰⁰

98. Como ya se ha indicado —cfr. *supra* las notas 16 y 17—, la Ley 22/2001 considera únicamente como derechos de adquisición voluntarios los derechos de opción y de tanteo, pues el de retracto es «una manifestació del dret de tanteig de naturalesa real» (preámbulo, par. 27), de manera que «[e]l dret de tanteig comporta el dret de retracte quan ja ha tingut lloc la transmissió» (art. 19*b*, final, Ley 22/2001).

99. Requisito que exige un autorizado sector doctrinal: cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 523; Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-13 CCCat», p. 1705; Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 556.

100. Este amplio criterio ha sido seguido por la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas con relación a los derechos de adquisición preferente que corresponden a la Administración en la transmisión de bienes inmuebles en materia de urbanismo. En la Resolución de 19 de julio de 2023, atendiendo a una consulta formulada por el Colegio Notarial de Cataluña, la Dirección General recuerda la doctrina

y reservar el criterio restrictivo para el ejercicio de aquellos derechos de adquisición preferente que razones de política legislativa aconsejen limitar a determinados negocios jurídicos onerosos.¹⁰¹

Ahora bien, con relación al presupuesto de ejercicio de los derechos de adquisición preferente y por lo que respecta al de retracto, hay que destacar que no solo lo constituye la existencia de una *enajenación onerosa* por medio de la cual se transmite el derecho afectado por el mismo, sino también la frustración o vulneración del derecho de tanteo, que lo *convierte* en retracto (cfr. rúbrica del art. 568-15 CCCat) cuando este último está vinculado a aquel, y ello siempre y cuando esta frustración o vulneración sea imputable al titular del derecho gravado.¹⁰²

En la regulación general de los derechos voluntarios de adquisición preferente, esta frustración se puede producir por tres circunstancias: «[...] si manca la notificació fefaent dels elements essencials de l'acord de transmissió o si la transmissió s'ha fet en condicions diferents de les que constaven en la notificació o abans de vèncer el termini per a exercir el tanteig» (art. 568-15.1 CCCat). En cambio, en la regulación específica

mantenida en las resoluciones de 21 de noviembre de 2017 y 22 de diciembre de 2020, en el sentido de considerar que una aportación de bienes, y, en concreto, de unas viviendas a una sociedad, constituyendo la contraprestación las participaciones de la sociedad que se adjudican a cambio, no impide el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto reconocidos a la Administración, atendiendo al valor dinerario de las viviendas aportadas. Con todo, en el caso concreto de la consulta se niega el ejercicio de estos derechos de la Administración porque la transmisión onerosa tenía por objeto unas viviendas arrendadas y, con relación a estas transmisiones, el artículo 173.1 del texto refundido de la Ley de urbanismo, redactado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, y por el Decreto ley 17/2019, de 23 de diciembre, remite a las disposiciones de la legislación de arrendamientos urbanos, cuyo artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamiento urbanos, limita el ejercicio de los derechos de adquisición preferente a las transmisiones de viviendas arrendadas que se hayan formalizado mediante un contrato de compraventa.

101. En cualquier caso y sea cual sea el criterio que se considere preferible en orden a determinar el concepto y la extensión de *transmisión onerosa* que constituye presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, hay que tener en cuenta la incidencia de este concepto y de esta extensión con relación a la duración del plazo de ejercicio del tanteo y a las transmisiones en las que puede ejercitarse (cfr. art. 568-13 CCCat).

102. Cabe destacar que no se sanciona la vulneración del tanteo por parte del titular del derecho gravado cuando este no notifique la transmisión proyectada o la notifique incorrectamente. La razón de esto puede obedecer tal vez a que el legislador piense que, como el titular del tanteo puede ejercitar entonces el derecho de retracto, en realidad no sufre lesión alguna porque mantiene y conserva su derecho de adquisición. Pero es que la falta de notificación o la notificación incorrecta supone trasladar al titular del tanteo la carga de diligencia que originariamente asume el titular del derecho gravado, y puede además frustrarse definitivamente el derecho de adquisición convertido en retracto si, por ejemplo, en caso de notificación incorrecta, el titular del tanteo decide no hacerlo valer y luego, conocidas las verdaderas condiciones de la transmisión, no puede ejercitar el retracto, o si, como no se ha notificado la transmisión proyectada, el plazo de su ejercicio se hace depender de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión efectivamente realizada, inscripción que puede ser desconocida si no se ha tenido conocimiento de dicha transmisión. En este sentido, parece claro que la frustración del derecho de tanteo puede originar una pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

que establece el Código con relación a los concretos derechos de retracto de los que se ocupa solo suele aludirse a las dos primeras y se omite la tercera (cfr. art. 552-4.2, 561-10.3 y 565-24.2 CCCat), que únicamente menciona el artículo 623-29.1 CCCat para el retracto del arrendatario rústico. Evidentemente, la omisión es subsanable recurriendo a la aplicación del artículo 568-15.1 CCCat, pero pone de manifiesto la falta de coordinación entre lo dispuesto en este precepto y las disposiciones relativas a los derechos de retracto que son objeto de regulación específica, falta que podría haberse evitado mediante una simple norma remisiva. A este respecto, pues, en la regulación unitaria que se propone bastaría con reproducir la previsión del artículo 568-15.1 CCCat en cuanto a las causas que determinan la *conversión del tanteo en retracto* y remitir a ella la *conversión* que, en cada caso concreto, propicia el ejercicio de los derechos de retracto regulados específicamente por el Código, vinculándolos a la vulneración o frustración del derecho de tanteo.

4.2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO

El ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto está sujeto a un breve plazo de duración,¹⁰³ fijado legal o voluntariamente, del que dependen la existencia y la exigibilidad de los mismos, según si se ejercitan o no. En efecto, mientras que el ejercicio de los derechos de adquisición preferente dentro del plazo establecido determina su extinción (art. 568-7.1 CCCat), el transcurso y el vencimiento de dicho plazo sin que se ejerciten provoca su inexigibilidad (art. 568-14.4 CCCat).¹⁰⁴ En el primer supuesto, la extinción del derecho como consecuencia de su ejercicio obedece a que a través del mismo se satisface el interés de su titular; en el segundo, su inexigibilidad viene determinada porque lo que se extingue por el vencimiento del plazo, y ocasiona su

103. Excepto en el caso del derecho de *torneria*, cuyo plazo de ejercicio es de un año y un día (art. 568-24.1 CCCat).

104. Distinto del plazo de *ejercicio* de los derechos de tanteo y de retracto es el plazo de *existencia* o de duración (art. 568-6a CCCat) de uno y otro derechos, pactado o legalmente establecido, dentro del cual se ha de producir la *transmisión proyectada* o la *transmisión efectiva* que constituye el presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, respectivamente. Como es evidente, el transcurso de este plazo de existencia —de cuatro años, si no se fija otro en el título de constitución del derecho de adquisición (art. 568-6a CCCat), en el que, en cualquier caso, puede pactarse igualmente su duración indefinida (art. 568-13.1 CCCat)— sin que el titular del derecho gravado se haya propuesto transmitirlo o lo haya transmitido efectivamente, provoca asimismo la extinción del tanteo y del retracto «pel venciment del termini de llur durada» (art. 568-7 CCCat). En este sentido, el transcurso del «termini de durada» del derecho sin ejercitarlo tiene distinta significación según se refiera al derecho o al ejercicio del derecho: en el primer caso, comporta la extinción del derecho de adquisición preferente; en el segundo, la extinción de la facultad de ejercitarlo, que se traduce no en la extinción del mismo, sino en su inexigibilidad.

caducidad, no es el derecho, sino la posibilidad de ejercicio del derecho (art. 568-14.4 y 122-1.1 CCCat).

Ahora bien, lo peculiar de los derechos de adquisición preferente es esta extinción que se produce —de forma inmediata— como consecuencia de su ejercicio y que opera de modo semejante al cumplimiento de la obligación con relación al derecho de crédito, en la medida en que tanto en un caso como en el otro la satisfacción del titular del derecho determina su extinción.¹⁰⁵ La extinción de los derechos de tanteo y de retracto de resultas de «llur exercici» (art. 568-7.1 CCCat) constituye una característica que los singulariza dentro de los derechos reales,¹⁰⁶ puesto que los derechos de adquisición preferente son los únicos derechos reales que se extinguen cuando se ejercitan; en cambio, lo que define a los derechos reales es, precisamente, que a partir y como consecuencia de su ejercicio atribuyen a su titular una legitimación tendencialmente duradera para actuar sobre el bien sobre el que recaen.

Si concurren los presupuestos a los que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior —la enajenación onerosa proyectada o efectivamente realizada, con carácter general, y, además, la vulneración o frustración del derecho de tanteo, por lo que respecta al retracto, cuando está vinculado al tanteo—, el ejercicio de los derechos de adquisición preferente corresponde a su titular y constituye un requisito de dicho ejercicio hacerlos valer dentro del plazo establecido.

4.2.1. *El plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto*

El plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto puede venir determinado por una disposición legal o por la voluntad particular. En la regulación general establecida para los derechos de adquisición preferente de origen voluntario, este plazo ha de fijarse en el título de constitución (art. 568-6a CCCat); en caso contrario y con carácter supletorio operará el establecido legalmente (art. 568-14.4 y 568-15.2 CCCat).¹⁰⁷ En cambio, por lo que respecta a los derechos de adquisición preferente

105. Con la diferencia, evidente y consubstancial a la naturaleza real o personal de uno y otro derechos, de que en el ejercicio del derecho de adquisición preferente su titular satisface por sí mismo su interés, mientras en el ejercicio del derecho de crédito la satisfacción del interés de su titular requiere la colaboración del deudor, llevando a cabo la realización de la prestación y cumpliendo de este modo la obligación.

106. De hecho, el artículo 568-7.1 CCCat es el único de los distintos preceptos del Código que regula la extinción de los derechos reales que menciona el ejercicio del derecho como causa extintiva.

107. A este respecto, cabe destacar que, a pesar de que la duración del plazo de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario forma parte del *contenido mínimo* de su título de constitución (art. 568-6 CCCat) y, por tanto, constituye uno de los datos que debe constar en el mismo (letra *a*), la regulación del ejercicio del derecho de tanteo y del derecho de retracto admite que no se haya fijado o pactado plazo alguno, por lo que se aplican entonces los previstos en los artículos 568-14.4 CCCat (tanteo) y 568-15.2 CCCat (retracto).

regulados específicamente por el Código, el plazo de ejercicio de los mismos está previsto legalmente y no parece que pueda ser modificado por la voluntad particular (cfr. art. 552-4.2, 561-10.2 y 3, 565-24.1 y 2, 568-19.1, 568-24, 623-28.2 y 623-29.2 CCCat).

En cuanto a la duración del plazo legal, es diferente en el tanteo y en el retracto, pese a que, cuando lo fija la voluntad particular, el criterio es que tengan la misma duración (art. 568-15.2 CCCat). Y, dentro de la regulación de cada uno de estos dos derechos, los plazos legales también varían, pues oscilan en el derecho de tanteo entre uno (art. 552-4.2, 561-10.2 y 565-24.1 CCCat) y dos meses (art. 623-28.2 CCCat), y en el derecho de retracto entre dos (art. 568-19.1 y 623-29.2 CCCat) y tres meses (art. 552-4.2, 561-10.3 y 565-24.2 CCCat), al que hay que añadir el de un año y un día del *dret de torneria* (art. 568-24 CCCat).

Ante esta falta de uniformidad en la duración de los plazos y las discordancias existentes entre la regulación general de los derechos de adquisición preferente y la específica de los concretos derechos de tanteo y de retracto de los que se ocupa el Código, un posible criterio que podría seguir la regulación unitaria que se propone sería el de unificar, respetando la libertad de fijación en el título constitutivo para los derechos de origen voluntario, la duración de los plazos de todos los derechos de tanteo y de retracto legales, determinándola a partir de la que se establezca con carácter supletorio para los derechos de adquisición voluntaria y haciendo en cada caso una mera remisión a la regulación unitaria propuesta. En este sentido, pues, podrían adoptarse con carácter general los plazos de dos meses para el ejercicio del tanteo y los de tres meses para el del retracto que ahora establecen los artículos 568-14.4 y 568-15.2 CCCat con carácter supletorio para los derechos de origen voluntario, y aplicarlos a todos los derechos de tanteo y de retracto que regula específicamente el Código civil.¹⁰⁸

4.2.2. *El dies a quo del plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto*

El *dies a quo* del cómputo de los plazos de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto se rige por criterios distintos en uno y otro casos: en el derecho de tanteo, el plazo de ejercicio empieza a contar a partir de la notificación, por parte del titular del derecho gravado por el tanteo al titular de este último, de la transmisión proyectada y de sus condiciones (art. 568-14.4, 561-10.2, 552-4.2, 565-24.1 y 623-28.2 CCCat), mientras que en el derecho de retracto el plazo de ejercicio se inicia a partir del mo-

108. Otra opción para esta propuesta de regulación unitaria sería la de unificar incluso los plazos legales de ejercicio del tanteo y el retracto, esto es, fijar una única y misma duración para ambos, siguiendo el criterio apuntado por el artículo 568-15.2 CCCat.

mento en que su titular tiene conocimiento de la transmisión efectivamente realizada o en que se produce la inscripción del derecho gravado y transmitido en el Registro de la Propiedad (art. 568-15.2, 561-10.3, 552-4.2, 565-24.2, 623-29.2, 568-19.1 y 568-24.1 CCCat).¹⁰⁹ Ciertamente, en ambos casos el criterio para determinar el *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de adquisición hubiera podido ser el mismo y fijarse a partir del momento en que el titular de uno y otro derechos *tiene conocimiento o ha podido tener conocimiento* de la transmisión proyectada y de la transmisión realizada, respectivamente; pero el legislador ha preferido reservar el criterio del *conocimiento del titular del derecho de adquisición* para el plazo de ejercicio del derecho de retracto y ha optado por el criterio de la *notificación fehaciente por parte del titular del derecho gravado* para el plazo de ejercicio del derecho de tanteo.

Las consecuencias de decantarse por uno u otro criterio son distintas.¹¹⁰ En el derecho de tanteo, dado que el *dies a quo* depende de la notificación de la transmisión proyectada que ha de realizar el titular del derecho gravado, esta circunstancia constituye una carga que este tiene que asumir, puesto que el plazo de caducidad a que está sujeta la facultad adquisitiva del titular del tanteo no empieza a correr hasta que no efectúe la notificación y no lo haga fehacientemente. En cambio, en el derecho de retracto, dado que el *dies a quo* depende del conocimiento que su titular tenga o —sobre todo— pueda tener de la transmisión realizada, si bien esta circunstancia se configura asimismo como una carga, ahora recae sobre el titular del retracto y no sobre el titular del derecho gravado, a pesar de ser este último quien ha frustrado el derecho de tanteo, con lo cual ha convertido a este en retracto, pero al mismo tiempo y paradójicamente transmite al retrayente la carga que originariamente asumía: como el *dies a quo* depende de la posibilidad de conocimiento por parte del titular del derecho de retracto de la transmisión realizada y como esta posibilidad está vinculada a la inscripción registral del derecho transmitido, puede suceder que el plazo de ejercicio del retracto empiece a correr e incluso se consuma sin que el retrayente haya tenido

109. Con relación al plazo de ejercicio del derecho de retracto, aunque el *dies a quo* se determina a partir de un dato subjetivo —conocimiento— o a partir de un dato objetivo —inscripción— cabe entender que la *inscripción* se considera también como una manifestación del *conocimiento*, en la medida en que, dado que el registro es público, producida aquella existe la posibilidad de conocer la transmisión que accede al mismo por medio de la inscripción. Por lo tanto, el criterio de fijación del *dies a quo* en el retracto se vincula —en definitiva— al *conocimiento o la posibilidad de conocimiento* por parte de su titular de la transmisión efectivamente realizada.

110. Aunque, ciertamente, si se exige que la *notificación* del titular del derecho gravado sea *fehaciente*, cabe pensar que ello determinará, si no su *conocimiento* por el titular del derecho de adquisición, sí la *posibilidad* de que este *conocimiento* se produzca. Es verdad que la *fehaciencia* se refiere y acredita la realidad de la *notificación* por parte de quien tiene que realizarla, pero no la del conocimiento efectivo de la misma por parte de quien es su destinatario; pero es que, como se acaba de indicar, lo que se requiere es la *posibilidad de conocimiento* de la notificación y de su contenido por parte del titular del derecho de adquisición preferente, y esta posibilidad se satisface si la notificación es fehaciente.

realmente conocimiento de la inscripción. De este modo, lo que con relación al ejercicio del tanteo constituía una carga de diligencia que recaía sobre el titular del derecho gravado, se convierte en el ejercicio del retracto en una carga que asume el titular del derecho de adquisición, cuya consecuencia en caso de incumplimiento de la misma puede ser la caducidad de su plazo de ejercicio.

Por lo que respecta a la *notificación fehaciente* de la transmisión proyectada y de las condiciones de la misma¹¹¹ que corresponde al titular del derecho gravado, no se establece —como ya se ha indicado—¹¹² el plazo de tiempo dentro del cual se ha de efectuar, si bien, lógicamente, ha de ser anterior a la fecha prevista en el «acord de transmissió» (art. 568-14.4 CCCat) para la transmisión del derecho. Además, y como también se ha apuntado, la buena fe (art. 111-7 CCCat) exige que se realice con antelación suficiente para que el titular del derecho de adquisición preferente pueda valorar o decidir la conveniencia o no de ejercitar el tanteo y adquirir el derecho que se pretende transmitir. La cuestión no está regulada y tal vez sería aconsejable mencionarla en la regulación unitaria que se propone.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto, el legislador lo ha vinculado al *conocimiento* por parte de su titular de la transmisión realizada. A este respecto cabe destacar que mientras que en la regulación general del derecho de retracto de origen voluntario el *conocimiento* se predica de «l'alienació», sin más (art. 568-15.2 CCCat), en la regulación específica de los distintos derechos de retracto de los que en particular se ocupa el Código civil se exige que el *conocimiento* se extienda, además, a sus «circumstàncies» (art. 561-10.3, 552-4.2, 565-24.2, 568-19.1 y 568-24.1 CCCat),¹¹³ exigencia que otorga mayor protección al retrayente en orden a la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto, toda vez que el plazo de caducidad a que está sujeto el ejercicio de su derecho no empezará a correr hasta que este no tenga un conocimiento *completo* de la transmisión realizada.

Asimismo, cabe destacar también que el *conocimiento* por el titular del derecho de retracto de «l'alienació» o de «l'alienació i les seves circumstàncies» se fija atendiendo a dos momentos distintos: aquel en que el conocimiento *se produce efectiva-*

111. Por lo que respecta al contenido de la notificación relativa a la transmisión proyectada, el legislador no es —como ya se ha apuntado *supra* en la nota 30— demasiado preciso y alude, indistintamente y sin concretarlas, a sus «condicions» (art. 568-14.4 y 552-4.1 CCCat), «condicions substancials» (art. 623-19.1 CCCat), «elements essencials» (art. 568-15.1 CCCat), «circumstàncies rellevants» (art. 561-10.1 CCCat) y «circumstàncies» (art. 552-4.2, 565-24.1 y 2 y 623-28.1 CCCat); con todo, en ocasiones especifica que la notificación ha de contener, entre otros datos, «el nom dels adquirents, el preu convingut o el valor que es dona al dret» (cfr. art. 561-10.1, 565-24.1 y 623-28.1 CCCat).

112. Cfr. *supra* el epígrafe 2.1.

113. Únicamente con relación al derecho de retracto del arrendatario de una finca rústica, el artículo 623-29.2 CCCat alude simplemente a que este tenga «coneixement de l'alienació», posiblemente por atender al criterio general del artículo 568-15.2 CCCat.

mente o aquel en que el conocimiento *puede producirse*, como consecuencia de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad.¹¹⁴ Esta disyuntiva —como ya se ha apuntado—¹¹⁵ suscita alguna cuestión con relación a los supuestos a los que se aplica uno u otro criterio y, sobre todo, en orden a determinar cuál de ellos es en cada caso preferente.

Respecto a la primera cuestión, parece claro que el criterio del que podríamos denominar *conocimiento efectivo o real* del retrayente se aplica cuando la transmisión no se ha inscrito en el Registro y mientras no se inscriba, mientras que el criterio del *conocimiento posible* se aplica cuando la transmisión se ha inscrito, teniendo presente que, como es sabido, la inscripción registral no es obligatoria ni constituye un requisito de validez ni de eficacia del negocio transmissivo, sino que afecta tan solo a su oponibilidad frente a terceros. En este sentido, pues, si la transmisión efectivamente realizada no se inscribe en el Registro, el plazo de ejercicio del derecho de retracto no empieza a correr mientras el retrayente no tenga conocimiento de la misma, circunstancia que, en principio, redundaría en su beneficio; con todo, el desconocimiento del retrayente no impide la usucapión liberatoria del adquirente (art. 531-23.3 CCCat), razón por la cual es posible que esta se consuma sin que se haya ejercitado ni sea posible ejercitar el derecho de retracto, lo que perjudica a su titular,¹¹⁶ el cual, además

114. Los artículos 568-15.2, 565-24.2, 623-29.2, 568-19.1 y 568-24.1 CCCat se refieren expresamente al «Registre de la Propietat», mientras que los artículos 561-10.3 y 552-4.2 CCCat aluden simplemente al «registre corresponent»; con todo, en la inmensa mayoría de los casos el «registre corresponent» es también el «Registre de la Propietat».

115. Cfr. *supra* el epígrafe 2.2.

116. Para que se produzca la usucapión liberatoria o, en palabras del artículo 531-23.3 CCCat, para que la usucapión perjudique «els drets reals no possessoris o de possessió compatible amb la possessió per a usucapir», el precepto exige que los titulares de los derechos reales que, en su caso, resulten afectados por el efecto extintivo que se atribuye a la usucapión, hayan tenido conocimiento de la misma. Ahora bien, y como ya dijimos en Santiago ESPIAU ESPIAU, «La regulación de la usucapión en el Código civil de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 2 (abril-junio 2008), p. 463-518, esp. p. 494, «[e]sta exigencia resulta un tanto sorprendente, en la medida en que no se precisa para la propia usucapión del derecho gravado»; véase también el comentario del artículo 531-23 CCCat en Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentario de los artículos 531-23 a 551-29 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. I, p. 355-410, esp. p. 363; en la p. 494 añadíamos también:

[...] la consecuencia adquisitiva que deriva de la misma [la usucapión] se produce en beneficio del poseedor *ad usucapionem* con independencia de que el titular del derecho en cuyo concepto se posee haya conocido o no esta posesión: transcurrido el plazo de tiempo fijado por la ley, el poseedor adquiere el derecho usucapido, perdiéndolo quien ostentaba su titularidad hasta este momento. En cambio, y de acuerdo con lo que establece el artículo 531-23.3 CCCat, no sucede lo mismo con los derechos reales que lo gravan: por más que el poseedor *ad usucapionem* haya ejercitado la posesión en el concepto posesorio correspondiente al derecho que adquiere desconociendo los gravámenes que lo afectan, dichos gravámenes subsistirán si sus titulares desconocieron la usucapión y solo se extinguen si tuvieron conocimiento de ella.

y en los casos en que su derecho esté vinculado al tanteo, habrá visto frustrado previamente este último derecho por una causa imputable al titular del derecho gravado.

Algo similar puede suceder si la transmisión efectivamente realizada se inscribe en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso, como hemos dicho, el plazo de ejercicio del derecho de retracto empieza a correr a partir del momento en que se practica la inscripción. Esta circunstancia ya pone de manifiesto que la frustración del derecho de tanteo por cualquiera de las causas —falta de notificación de la transmisión o transmisión efectuada en condiciones distintas de las notificadas o dentro del plazo de ejercicio del tanteo— no impide el acceso al registro del negocio transmissivo y la inscripción del derecho gravado a nombre del adquirente.¹¹⁷ Pero es que, además y a pesar de constar inscrita la transmisión, es posible que, aun siendo pública, el retrayente desconozca —en particular, si no se le han notificado la voluntad de transmitir y las condiciones del negocio transmissivo proyectado— la inscripción, desconociendo que no impide el inicio y, en su caso, la consumación de la caducidad del plazo de ejercicio de su derecho, con el agravante también —al igual que en la transmisión no inscrita— de que su titular ya había sido privado de su derecho de tanteo por una causa imputable al titular del derecho gravado.

Por lo que respecta a la segunda cuestión apuntada anteriormente —cuál de los dos criterios, el del conocimiento o el de la inscripción, es prevalente en los casos en que ambos sean aplicables—, la prevalencia corresponde al criterio de la inscripción

Tal vez pudiera pensarse que, en tal caso, la extinción se justifica por la inactividad de dichos titulares que no han ejercitado las pretensiones correspondientes a la defensa de sus derechos, pudiendo hacerlo. Pero el mismo razonamiento podría aplicarse al titular del derecho usucapido y sancionar la pérdida de su titularidad única y exclusivamente en el caso de que hubiera conocido la usucapición y, pudiendo haberla interrumpido, no lo hubiera hecho. Por ello y para conciliar los efectos de la usucapición del derecho con los de la usucapición liberatoria de los gravámenes que recaen sobre el mismo, puede sugerirse que lo que exige el artículo 531-23.3 CCCat no es tanto que sus titulares «hagin tingut coneixement» de la usucapición, como que «hagin pogut tenir coneixement» de la misma, lo cual —por otra parte— resultaría congruente con el requisito de «publicidad» que se exige con carácter general a la posesión *ad usucapionem* (art. 531-24.1 CCCat).

En definitiva, la idea que se defiende es que, cuando el legislador exige el requisito del «conocimiento», considera que se satisface no solo cuando este conocimiento se produce real y efectivamente, sino también en los supuestos en los que existe la «posibilidad de conocer», como —por otra parte— pone también de relieve, en la fijación del *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto, la consideración del momento en que se produce la inscripción registral de la transmisión, en tanto en cuanto, aunque no se conozca realmente, existe la posibilidad de conocerla.

117. Cfr., en este sentido, la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de 6 de febrero de 2008. Excepcionalmente, en el supuesto de la transmisión de la propiedad de la finca rústica arrendada y al menos por lo que respecta a la notificación de la voluntad de enajenación del propietario, «per a inscriure en el Registre de la Propietat el títol d'adquisició [...] s'ha de justificar que s'ha notificat fefaentment a l'arrendatari» (art. 623-29.4 CCCat).

registral. El criterio del *conocimiento* del retrayente se circunscribe a las transmisiones no inscritas en el Registro, mientras que el de la *inscripción* se aplica a las transmisiones inscritas, y es irrelevante el conocimiento que tenga el retrayente de la transmisión efectuada y del acceso al Registro de la misma. Transcurrido el plazo de caducidad establecido legalmente a partir de la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad, el derecho de retracto deviene inexigible y su titular no puede hacerlo valer, aunque no hubiera conocido la realización de la transmisión y su inscripción o aunque las hubiera conocido en un momento posterior al de la práctica de esta última (*arg. ex art. 623-29.2 CCCat*), y, por tanto, el plazo de caducidad vinculado a este conocimiento no se haya consumado todavía.¹¹⁸

La justificación de esta consecuencia puede encontrarse en la consideración —ya apuntada— de que en el momento en que se produce la inscripción registral es posible el conocimiento de la transmisión realizada, a partir del cual se fija, en definitiva, el *dies a quo* del plazo de ejercicio del retrayente. Ahora bien, y como también se ha indicado, vincular el inicio del cómputo de dicho plazo al conocimiento supone imponer al retrayente una carga de diligencia que originariamente correspondía al titular del derecho gravado y que, además, puede privar a aquél de ejercitar definitivamente su derecho de adquisición preferente, ahora en su modalidad de retracto, cuando en su modalidad de tanteo se ha frustrado por una causa imputable al titular del derecho gravado.

De ahí que sea aconsejable un cambio de criterio, en la regulación general unitaria que se propone, en cuanto a la determinación del *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto, vinculándolo —al igual que en el plazo de ejercicio del tanteo— a la notificación fehaciente de la transmisión realizada, inscrita o no, al retrayente. Ahora bien, en este caso la notificación no correspondería realizarla al titular del derecho originariamente gravado y transmitido, sino al adquirente, que recibe el derecho con el gravamen y que es, por tanto, el nuevo titular del mismo y la persona afectada por el derecho de adquisición preferente. Se trataría, en definitiva, de aplicar el mismo criterio que rige para el derecho de tanteo, en el que la notificación de la transmisión proyectada corresponde efectuarla al titular del derecho gravado; y por ello, en el retracto, la notificación de la transmisión realizada correspondería al adquirente.

118. Únicamente en el supuesto de que exista mala fe por parte del propietario transmitente y por parte del adquirente, la STSJ de 29 de septiembre de 2026 entendió —con relación al retracto de comuneros— que el plazo de ejercicio del derecho de retracto empezaba a contar desde el momento en que el retrayente tuvo conocimiento efectivo de la transmisión realizada, sin que le perjudicara la fecha anterior de la inscripción registral.

4.3. LA EFECTOS REALES DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO

Los derechos de tanteo y de retracto, en cuanto derechos reales de adquisición preferente, otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre un bien ajeno, el cual le faculta para imponer a su propietario la transmisión a su favor del dominio que este ostenta sobre el bien, por más que haya previsto transmitirlo o lo haya transmitido efectivamente a un tercero. En este sentido, pues, tanto uno como otro derechos se vinculan a un negocio dispositivo orientado a la enajenación del derecho de propiedad gravado con el derecho de adquisición.¹¹⁹ Esta enajenación puede estar meramente proyectada o puede haberse consumado, y, en el primer caso, el derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir a títol onerós un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» (art. 568-1.1b CCCat), mientras que, en el segundo, el derecho de retracto «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1c CCCat). En cualquier caso, tanto en uno como en otro supuestos la enajenación —proyectada o consumada— supone la presencia de un tercero —adquirente eventual o adquirente efectivo— frente al cual los titulares de los derechos de tanteo y de retracto pueden hacer valer su preferencia adquisitiva, y de ahí que estos derechos se califiquen como «drets d'adquisició preferent» (cfr., p. ej., art. 547-5c, 561-10, 563-4, 564-4.5, 623-8.2 o 623-37 CCCat).

Esta configuración de los derechos de tanteo y de retracto como *derechos de adquisición preferente* destaca especialmente esta última faceta —la *preferencia*—, que permite a su titular convertirse en titular del derecho gravado con carácter prioritario frente a aquel a quien se ha ofrecido la adquisición de este derecho o, incluso, frente a aquel que lo ha adquirido efectivamente. Ahora bien, junto a esta faceta, conviene no olvidar que los derechos de tanteo y de retracto son, también y sobre todo, *derechos de adquisición*, que posibilitan que su titular, una vez ha hecho valer su preferencia,¹²⁰ adquiera el derecho gravado a su titular originario o a aquel a quien este lo transmitió,

119. Como ya se ha recordado, los derechos de adquisición preferente se suelen vincular al derecho de propiedad y se orientan a posibilitar la adquisición del mismo por parte del titular del tanteo o del retracto. Ahora bien, son también derechos de adquisición preferente los que se atribuyen al propietario cuyo derecho está gravado con un derecho real limitado con la finalidad de extinguir el gravamen y liberar el derecho de propiedad, y lo que se dice en el texto a continuación es aplicable también a ellos.

120. Desde un punto de vista lógico, en el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, su titular hace valer primero su preferencia y, a continuación, su facultad adquisitiva: mediante la primera, excluye al adquirente —eventual o efectivo— escogido por el propietario gravado, y a través de la segunda se convierte, de forma directa e inmediata, en propietario, de modo que adquiere el derecho de propiedad del propietario originario en el tanteo, o de aquel a quien este lo transmitió en el retracto.

y se convierta en nuevo titular del mismo.¹²¹ Constituyendo los derechos de tanteo y de retracto una restricción del poder de disposición del propietario gravado e imponiéndole la transmisión del derecho de propiedad a favor de los titulares de los mismos, el tanteo y el retracto permiten a estos, por una parte, desconocer los efectos de la transmisión proyectada o realizada y, por otra, adquirir el derecho de propiedad sobre el que, a su vez, recae su derecho, de forma directa e inmediata.

En este sentido, cabe hablar, pues, de un doble efecto o de una doble manifestación de la eficacia real de los derechos de tanteo y de retracto, lo que pone de relieve —como no puede ser de otro modo— la naturaleza real de estos derechos en este doble efecto o esta doble manifestación de su eficacia. El carácter real de la preferencia permite a su titular excluir o desplazar a los adquirentes —eventuales, en el tanteo, o efectivos, en el retracto— a los que el propietario gravado proyecta transmitir o ha transmitido su derecho. Y, por su parte, el carácter real de la adquisición permite a los titulares de los derechos de tanteo y de retracto adquirir de forma directa e inmediata el derecho de propiedad frente a su titular, sea el propietario originario que proyectó la transmisión de su derecho, en el caso del tanteo, sea el adquirente al que el propietario originario transmitió efectivamente su derecho, en el caso del retracto.

Este doble efecto real se predica tanto del derecho de tanteo como del derecho de retracto, sin que proceda, por tanto, distinguir la eficacia real del tanteo de la eficacia real del retracto. En rigor, la única diferencia que existe entre uno y otro es que en el tanteo la preferencia se hace valer frente al eventual adquirente y la facultad adquisitiva se ejercita contra el propietario gravado que proyecta transmitir su derecho, mientras que en el retracto la preferencia y la facultad adquisitiva se hacen valer y se ejercitan frente a un único y mismo sujeto, el adquirente del propietario originario, al que se desplaza de la posición jurídica que legitima su adquisición y del que se adquiere el derecho de propiedad que ostenta. Ahora bien, cómo se produce esta adquisición consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto es algo que —a mi juicio— el legislador no ha regulado adecuadamente y que se presta a discusión; de ahí que una regulación general y unitaria de los derechos de tanteo y de retracto como la que se propone pueda ser adecuada para tratar de aclarar la cuestión.

121. En este sentido, cuando se distingue «el derecho de opción, que otorga una facultad de adquisición, y los derechos de tanteo y retracto, que conceden a su titular una simple preferencia para adquirir el bien en el caso en que el propietario quiera llevar a cabo la enajenación» (Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-1 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1663), se atiende solo a la idea de que los derechos de tanteo y de retracto otorgan una *preferencia* para adquirir, y se obvia su *facultad adquisitiva*, cuyo ejercicio convierte al titular de estos derechos en propietario.

4.3.1. *La eficacia real de la preferencia*

Los derechos de tanteo y de retracto atribuyen a su titular una *preferencia* adquisitiva de naturaleza real, que en el tanteo es oponible frente a la persona a la que el propietario gravado proyecta transmitir el dominio y en el retracto puede hacerse valer frente al adquirente a quien el propietario gravado transmite efectivamente el dominio.

De esta preferencia adquisitiva de carácter real derivan, en el derecho de tanteo, dos consecuencias. En primer lugar, en virtud de esta preferencia, el titular del derecho de tanteo puede desconocer y provocar la resolución del acuerdo con finalidad transmisiva proyectado (el «acord de transmissió» de los art. 568-7.2, 568-14.4 y 568-15.1 CCCat) por el propietario gravado y el eventual adquirente y hacer valer su *mejor derecho* —de naturaleza real— frente al derecho de crédito que ostenta este último. Este *acuerdo transmisivo* —como ya se ha apuntado—¹²² constituye un *acuerdo transmisivo* o un negocio transmisivo perfecto sujeto a condición resolutoria, que atribuye un derecho de crédito condicionado y claudicante a la persona con la que el propietario otorgó un contrato consensual para transmitirle el dominio.¹²³ Cuando el titular del derecho de tanteo hace valer su preferencia frente al *acuerdo transmisivo*, esta circunstancia supone la resolución de ese negocio transmisivo sujeto a condición, y de ella no deriva ninguna responsabilidad en la que incurra el propietario gravado¹²⁴ ni otorga, por tanto, una pretensión indemnizatoria al eventual adquirente, titular del derecho de crédito condicionado, ni frente a dicho propietario, ni mucho menos frente al titular del tanteo.

La segunda consecuencia que deriva del carácter real de la preferencia adquisitiva vinculada al derecho de tanteo es su *conversión* en un derecho de retracto, en caso de que su ejercicio se frustre por una causa imputable al propietario gravado (art. 568-15, 552-4.2 y 565-24.2 CCCat). Esta consecuencia obedece precisamente a la naturaleza real del derecho de tanteo,¹²⁵ que, dado que constituye un gravamen que afecta al derecho de propiedad, se transmite con este y cuando esta transmisión impide su

122. Cfr. *supra* la nota 21.

123. Excepto en el supuesto de la preferencia adquisitiva del nudo propietario respecto del derecho de usufructo que grava su derecho, en el que, admitido el ejercicio del derecho de adquisición preferente cuando el usufructuario transmite el usufructo por donación, la perfección de la misma convierte al donatario en adquirente y, por tanto, no opera el derecho de tanteo, sino el de retracto: cfr. *supra* el epígrafe 3.1.

124. A no ser que haya actuado de mala fe, ocultando al eventual adquirente la existencia del derecho de tanteo, circunstancia que determinará que incurra en responsabilidad por incumplimiento contractual: cfr., con relación a la compraventa, artículo 621-30 CCCat.

125. De acuerdo con el párrafo 23 del preámbulo de la Ley 22/2001, «l'anomenat dret de retracte es configura com una manifestació del dret de tanteig de naturalesa real, després que, precisament pel fet de no haver-se pogut exercir en el moment de la transmissió projectada, per causes imputables a l'atorgant o per manca de notificació al seu titular, ha tingut lloc el negoci transmissiu oneros, consumat, amb un tercer».

ejercicio por haberse consumado¹²⁶ determina que la preferencia adquisitiva —que subsiste y sigue siendo ejercitable— pueda hacerse valer frente al adquirente como derecho de retracto.

En cuanto a la preferencia adquisitiva que otorga a su titular el derecho de retracto —vinculado o no a un derecho de tanteo previo—, se concreta en la facultad que le atribuye de desconocer la transmisión del derecho gravado efectivamente realizada por parte del propietario a favor del adquirente y de hacer valer frente a este último su mejor derecho a adquirir. En este caso, la preferencia no opera con relación a un negocio dispositivo perfecto pero no consumado del que deriva un derecho de crédito a adquirir, sino respecto de un negocio dispositivo perfecto y consumado, en virtud del cual el adquirente ostenta un derecho real y se convierte en titular del derecho gravado. Por lo mismo, la preferencia del *mejor derecho* a adquirir del retrayente no prevalece frente a un derecho de crédito, sino frente a un derecho real: el derecho de propiedad que el adquirente ha recibido por transmisión del propietario originario. Pero, pese a todo ello, la naturaleza real del derecho de retracto y el carácter asimismo real de la preferencia que se vincula al mismo determinan que la posición jurídica de su titular prevalezca sobre la posición jurídica del adquirente titular del derecho de propiedad gravado por el retracto, precisamente por existir el gravamen y por la naturaleza real del mismo.

4.3.2. *La eficacia real de la facultad adquisitiva*

Los derechos de tanteo y de retracto no solo otorgan a su titular una preferencia adquisitiva de carácter real, sino que, además y una vez hecha valer, le atribuyen una facultad adquisitiva, asimismo de carácter real, a través de cuyo ejercicio culmina el proceso de adquisición del derecho de propiedad al que se orientan. Configurados como derechos reales de adquisición, esta naturaleza *real* se manifiesta, pues, en la preferencia que otorgan y, también y sobre todo, en la adquisición del derecho de propiedad que propician, que se produce de forma directa e inmediata por el solo ejercicio de la facultad adquisitiva de la que está investido su titular, sin necesidad de intermediarios y sin que se precise la entrega o tradición del bien por parte de su propietario, puesto que esta es necesaria si el derecho que se tiene es un derecho personal o de crédito, pero no si es un derecho real.

126. Circunstancia que no se producirá —salvo en el supuesto de que el derecho de adquisición preferente corresponda al nudo propietario cuyo derecho de propiedad esté gravado con un derecho de usufructo (art. 561-10.1 CCCat)— cuando la transmisión se formalice a través de un negocio gratuito.

La eficacia adquisitiva real de los derechos reales de adquisición preferente es —como no puede ser de otro modo— consubstancial a su naturaleza real.¹²⁷ Por ello, los derechos reales de adquisición preferente posibilitan la adquisición por su titular del derecho de propiedad sobre el que recaen como consecuencia del ejercicio por su parte de la facultad adquisitiva que tiene y no como consecuencia del cumplimiento de una obligación que imponga al propietario la tradición del bien, como sucedería en los derechos de adquisición preferente de naturaleza personal.¹²⁸ El ejercicio de la facultad adquisitiva por parte del titular de los derechos de tanteo y de retracto se configura como un acto unilateral y se materializa pagando el precio o el valor del derecho de propiedad gravado, fijado en el «acord de transmissió», en el supuesto del tanteo, o satisfecho en la transmisión consumada, en el supuesto del retracto: el pago al titular del derecho de propiedad gravado, sea el propietario originario o, en su caso, el adquirente al cual aquel ha enajenado su derecho, convierte al titular de los derechos de tanteo y de retracto de forma inmediata, *ope legis*, en titular del derecho de propiedad sobre el que recaía su derecho de adquisición preferente.

La regulación del artículo 29 de la Ley 22/2001 destacaba ya la «eficàcia real» (esta era precisamente la rúbrica del precepto) derivada del «exercici d'un dret d'adquisició de naturalesa real» al señalar que comportaba «l'adquisició de la cosa» (ap. 1) y establecer que «[e]l titular del dret d'adquisició pot requerir judicialment el propietari actual de la cosa, en cas de negar-se a formalitzar la transmissió» (ap. 3). Estas dos disposiciones son significativas: la primera pone de relieve que el ejercicio del derecho de adquisición de naturaleza real —el tanteo y la opción (art. 19 de la Ley 22/2001)— convierte a su titular en propietario de la cosa gravada; la segunda ratifica esta consecuencia al admitir la demanda judicial contra el propietario gravado que se niega no a entregar la cosa, sino a «formalitzar la transmissió» de un derecho del que ya no es titular al haberse ejercitado el derecho de adquisición. Ciertamente, la entrega será necesaria para que el titular del derecho de adquisición ejercitado y ya

127. Lo ponía expresamente de manifiesto el preámbulo de la Ley 22/2001, antecedente inmediato de la regulación actual de los derechos reales de adquisición preferente: «La naturalesa [real o personal] del dret en determina l'eficàcia adquisitiva» (párrafo 26). El preámbulo de la Ley 5/2006 no reproduce la frase, pero ello obedece simplemente a que la regulación del Código «introdueix modificacions tècniques i sistèmiques a la de la Llei 22/2001» (preámbulo, ap. III, par. 16) y no de fondo, circunscritas, además, a «donar resposta a algunes qüestions que aquesta [Llei] deixava obertes tant amb relació a la conservació i la pèrdua de l'objecte sobre el qual recau l'adquisició com amb relació a la cancel·lació de càrregues constituïdes entre la constitució i l'exercici del dret d'opció» (preámbulo, ap. III, par. 16), cuestiones que en absoluto tienen nada que ver con la eficacia adquisitiva de los derechos reales de tanteo y de retracto.

128. En un derecho de adquisición preferente de naturaleza personal, su titular tiene derecho a exigir la entrega del bien sobre el que recaen su derecho para adquirir su propiedad y solo se convierte en propietario cuando esta entrega se realiza. En un derecho de naturaleza real, su titular no necesita la entrega para adquirir la propiedad: tiene un poder directo e inmediato para adquirir la propiedad del bien y la adquiere haciendo valer la facultad adquisitiva a través de la cual ejercita ese poder.

convertido en propietario adquiera la posesión de la cosa; pero esta entrega constituye un mero traspaso posesorio, no una tradición.

En el Código civil, que solo introduce modificaciones técnicas y sistemáticas, pero no de fondo, en la Ley 22/2001¹²⁹ no existe un precepto que indique, con carácter general y de modo explícito, cómo se concreta el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, ni que establezca la eficacia real adquisitiva que se vincula a este ejercicio.¹³⁰ Con todo, uno y otra se han previsto con relación a algunos de los derechos de tanteo y de retracto específicamente regulados en el Código. Así, por lo que respecta al derecho de tanteo que corresponde a los nudos propietarios, se indica que «[e]l poden exercir pagant-ne el preu o, si no n'hi ha, el valor notificat pels usufructuaris» (art. 561-10.2 CCCat), y, en cuanto al que corresponde al arrendatario de una finca rústica, que puede ejercerlo «per mitjà del pagament o la consignació notarial del preu o valor» (art. 623-28.2 CCCat); mientras que, con referencia al derecho de retracto de colindantes, se apunta que «[l]'adquisició per mitjà del dret de retracte de confrontants es fa pel mateix preu i en les condicions convingudes per la persona que ha tramès la finca i l'adquirent» (art. 568-19.2 CCCat), disposición que se reproduce en la regulación del *dret de torneria* (cfr. art. 568-24.2 CCCat).

Junto a todas estas disposiciones, cabe apuntar un dato —que procede también de la Ley 22/2001— que confirma la eficacia adquisitiva real que deriva del ejercicio de los derechos reales de adquisición en general y, en particular, de los derechos de tanteo y de retracto. En efecto, el artículo 568-7.1 CCCat¹³¹ sanciona su extinción, entre otras causas, «per llur exercici». La consideración del ejercicio de los derechos reales de adquisición preferente como una causa extintiva de los mismos constituye —como ya se ha apuntado—¹³² una característica que los distingue dentro de los derechos reales y responde a la constatación de que con su ejercicio se satisface el interés de su titular. Ahora bien, esta extinción solo puede producirse si la satisfacción del interés del titular de estos derechos depende exclusivamente de su voluntad, sin que sea necesaria la colaboración de intermediarios o de terceros, y esta circunstancia solo se verifica —a su vez— si este ejercicio tiene efectos reales y determina, por sí mismo, la adquisición del derecho de propiedad. Si el ejercicio de los derechos reales de adquisición no tuviera eficacia real inmediata y legitimara solo la reclamación de la entrega del bien sobre el que recaen estos derechos a su propietario, lo que satisfaría el interés de su titular y determinaría su extinción no sería su ejercicio —reclamando

129. Cfr. el preámbulo de la Ley 5/2006, ap. III, par. 16, y lo dicho en la anterior nota 127.

130. En la regulación general de los derechos voluntarios de tanteo y de retracto, el único precepto que se refiere a su «exercici» —el artículo 568-14 CCCat— solo se ocupa de las transmisiones onerosas en las que procede y del plazo dentro del cual han de hacerse valer, pero no hace mención alguna a cómo se ejercitan, ni a la eficacia derivada de su ejercicio.

131. Cuyo antecedente inmediato es el artículo 35 de la Ley 22/2001.

132. Cfr. *supra* el epígrafe 4.2.

la entrega—, sino la realización y el cumplimiento por el propietario de esta conducta de entrega. Es decir, si del ejercicio de los derechos reales de tanteo y de retracto derivara una eficacia adquisitiva meramente personal, que atribuyera a su titular un derecho de crédito, lo que constituiría una causa de extinción del mismo no sería su mero ejercicio, como establece el artículo 568-7.1 CCCat, sino su cumplimiento por el obligado.

En cualquier caso, la eficacia adquisitiva real que se predica de los derechos de tanteo y de retracto no es sino una manifestación de la eficacia real que se predica de cualquier derecho real y que el Código civil solo regula ahora expresa y explícitamente en el caso del derecho de opción. Pero es evidente que si el tanteo y el retracto son derechos *reales de adquisición*, han de tener eficacia real adquisitiva: el hecho de que, además, otorguen una *preferencia* en orden a esta adquisición no puede disminuir esta eficacia, ni convertirla en personal, como apunta un autorizado sector doctrinal con relación al derecho de tanteo.¹³³ Y, desde luego, si esta eficacia real adquisitiva se reconoce en el derecho de opción y en el de retracto, no hay razón para negarla en el tanteo, máxime si se piensa que en la Ley 22/2001, de la que procede la regulación vigente, con relación a los derechos de tanteo y de retracto, solo se consideraba como derecho real de adquisición el primero, mas no el segundo, que constituía una consecuencia de aquel «quan ja ha tingut lloc la transmissió» (art. 19*b* de la Ley 22/2001).

El Código civil —a diferencia de lo que establecía la Ley 22/2001— no hace referencia tampoco a la forma o el modo de llevar a cabo el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto para que se produzca la eficacia real a la que se orientan. El artículo 31 de la Ley 22/2001 señalaba que el ejercicio de cualquier derecho real de adquisición «exigeix, prèviament o simultàniament, el compliment dels requisits estipulats i la notificació fefaent de l'exercici efectiu del dret al titular del dret de propietat actual de la cosa», y añadía que «[l]es notificacions s'han de fer constar en els registres on hi hagi inscrits els drets». El precepto no se recoge en el Código, que solo regula el ejercicio del derecho de opción en el artículo 568-12 CCCat. Ahora bien, considerando que sus disposiciones son consubstanciales a todo derecho real de adquisición y, por tanto, aplicables también a los derechos de *adquisición preferente*, cabe entender que el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto exige no solo la satisfacción del precio o valor asignado al derecho de propiedad, sino también la notificación fehaciente al propietario gravado —ya sea el propietario originario, en el derecho de tanteo, ya sea el adquirente de este, en el de retracto— del ejercicio de su derecho. Y, por supuesto, cumplidas ambas exigencias, el titular de los derechos de tanteo y de

133. Cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525; en el mismo sentido, véase Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-14 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1715, y Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 558.

retracto, convertido en propietario, puede reclamar al propietario anterior la formalización de la transmisión del derecho de propiedad¹³⁴ y la entrega de la posesión del bien (*arg. ex art. 568-12.1, final, CCCat*).

Todo ello aconseja, pues, recoger y unificar todas las disposiciones específicas relativas a la eficacia adquisitiva real de los derechos de adquisición preferente en la regulación general que se propone, y establecer en ella expresamente el efecto adquisitivo que deriva del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, así como los requisitos necesarios para este ejercicio y las disposiciones correspondientes a la formalización de esta eficacia real.

4.3.2.1. La eficacia real adquisitiva del derecho de tanteo

El derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir a títol onerós» el derecho sobre el que recae (cfr. art. 568-1*b* CCCat) y esta facultad es de carácter real, como lo es la naturaleza del derecho de cuyo contenido forma parte. El ejercicio de esta facultad adquisitiva por su titular se materializa pagando o consignando notarialmente a disposición del propietario gravado el precio o el valor del derecho de propiedad (*arg. ex art. 561-10.2 y 623-28.2 CCCat*), fijado en «l'acord de transmissió entre el propietari [...] i una tercera persona» y notificado fehacientemente por el primero al titular del derecho de tanteo (art. 568-14.4 CCCat). Como consecuencia de este ejercicio, hecha valer la preferencia que el derecho de tanteo otorga a su titular frente al derecho de crédito que corresponde al tercero, el titular del tanteo adquiere de forma directa e inmediata, sin necesidad de intermediarios, el derecho de propiedad sobre el que recae su derecho, por lo que debe satisfacer al propietario originario el precio o el valor del mismo.

Que el artículo 568-1.1*b* CCCat faculte al titular del derecho de tanteo «per a adquirir a títol onerós un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» no quiere decir que dicho titular tenga que recurrir al mismo negocio que «l'altre adquirent» para adquirir el derecho de propiedad, porque este «altre adquirent» tiene, una vez perfeccionado «l'acord de transmissió», un derecho personal o de crédito, mientras que el titular del tanteo tiene un derecho real. El artículo 568-1.1*b* CCCat no dice que el titular del derecho de tanteo se subroge en la posición jurídica —contractual— del eventual adquirente, sino que el derecho le faculta para adquirir —ejercitando el derecho real de adquisición de que es titular— el derecho de propiedad sobre el que recae su derecho. A diferencia de lo que sucede como consecuencia

134. A través de una reclamación judicial expresamente prevista en el artículo 29.3 de la Ley 22/2001, que, aunque no ha sido recogida en el Código civil, no existe razón alguna para entender que se niegue al titular de los derechos de tanteo y de retracto.

del ejercicio del derecho de retracto, el titular del derecho de tanteo *no se subroga* en el lugar del eventual adquirente con el que el propietario ha acordado la transmisión del dominio gravado, y, por lo tanto, su facultad adquisitiva no deriva del derecho de crédito que correspondía a dicho eventual adquirente en virtud de «l'acord de transmissió», sino que esta facultad se vincula al derecho *real* de tanteo del que es titular, que le permite adquirir por sí mismo el derecho de propiedad.

En este sentido, no compartimos las ideas de un autorizado sector doctrinal que sostiene que, como consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo, su titular se *subroga* en la posición contractual del eventual adquirente con el que el propietario gravado concertó el negocio transmisivo y solo adquiere el derecho de propiedad si este último le entrega —en cumplimiento de este negocio transmisivo de carácter contractual— el bien sobre el que recae.¹³⁵ De entrada, resulta difícil entender que un derecho real como es el derecho de tanteo, una vez ejercitado, produzca «unos efectos análogos a los del derecho de opción de naturaleza personal».¹³⁶ Pero es que, aunque pueda parecer discutible¹³⁷ —que, a mi juicio, no lo es—, el Código civil no habla, efectivamente, de *subrogación* en los dos casos, con relación al derecho de tanteo y al derecho de retracto, sino solo por lo que respecta al derecho de retracto: como dice expresamente el artículo 568-1.1b CCCat, el ejercicio del derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir un bé», no «per a subrogar-se en el lloc» del eventual adquirente de este bien. Aunque los efectos adquisitivos que derivan del derecho de tanteo y del derecho de retracto son los mismos, en cuanto atribuyen a su titular una

135. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-14 CCCat», p. 1715, entiende, en cambio, que el ejercicio del derecho de tanteo no produce la adquisición de la propiedad, sino una mera relación obligacional con el propietario. Por ello, considera que dicho ejercicio —que, para él, carece de eficacia real— requiere simplemente que se notifique fehacientemente al propietario, sin que haga falta pagar el precio ni consignar ninguna cantidad: «Es suficiente la notificación, que producirá la perfección del contrato y la exigibilidad de las recíprocas prestaciones: la entrega de la cosa y el pago del precio, conforme a las estipulaciones del propio contrato». En sentido similar se pronuncia Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 558: «Hablar de subrogación en un caso y no en el otro (con relación al tanteo y al retracto) parece discutible, ya que el efecto del derecho de adquisición es esencialmente el mismo: sustituir a la persona adquirente (sea esta adquirente efectiva o solo en potencia) y “subentrar” o colocarse en su misma posición. Esa posición es jurídico-obligacional en el caso del tanteo, y jurídico-real (pues ya ha habido transmisión) en el caso del retracto». Con estas ideas coinciden también Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525: «Una vez ejercitados, el tanteo y el retracto producen unos efectos análogos a los del derecho de opción de naturaleza personal o real, respectivamente. Ejercitado el tanteo, el tanteante concluye el contrato en los términos fijados en la notificación que le hace el concedente del acuerdo transmisivo llevado a cabo con el tercero; a partir de dicho ejercicio se hacen exigibles las respectivas obligaciones de entrega de la cosa por el propietario y de pago del precio por el tanteante».

136. Cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525

137. Como apunta Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 558.

facultad de naturaleza *real* que permite a su titular adquirir por sí mismo la titularidad del derecho real sobre el que recaen, los efectos que se vinculan a la *preferencia* que otorgan son diferentes: en el tanteo posibilitan que su titular *desconozca* el negocio transmisivo perfecto celebrado pero no consumado, que se resuelve con el cumplimiento de la condición resolutoria a la que está sujeto, mientras que en el retracto facultan a su titular para *desplazar* al adquirente de la posición de propietario que ocupa y *colocarse en su lugar*. Por lo tanto, ejercitado el derecho de tanteo, el tanteante, que no se subroga en la posición contractual del eventual adquirente, puesto que este contrato se ha extinguido, no ha de concluir ningún contrato con el propietario, sino que, haciendo valer la facultad adquisitiva que le otorga su derecho de tanteo, adquiere el derecho de propiedad sobre el que recae el mismo, y, si bien, ciertamente, ha de pagar el precio en que se ha valorado dicho derecho de propiedad, este pago no se realiza en cumplimiento de ninguna obligación contractual, sino como forma de ejercicio de su facultad adquisitiva y como requisito de eficacia de la misma.

Por otra parte, la referencia a que la adquisición del titular del derecho de tanteo se realiza a «título oneroso» no presupone que dicha adquisición deba efectuarse mediante un negocio determinado —aquel a través del cual se ha formalizado «l'acord de transmissió»—, sino que, simplemente, alude a que la adquisición del derecho de propiedad se produce a cambio de un desembolso económico consistente en el precio o valor pactado en su momento por el propietario y el eventual adquirente, cuya satisfacción por el titular del derecho de tanteo es requisito de eficacia del ejercicio de la facultad adquisitiva que le atribuye su propio derecho. En definitiva, esta facultad «per a adquirir a título oneroso» no deriva del negocio proyectado y perfeccionado entre el propietario gravado y el tercero, y no se corresponde tampoco con una obligación que asume el titular del tanteo, sino que forma parte del contenido de su propio derecho real de tanteo y constituye requisito de eficacia del mismo, en la medida en que le permite convertirse en propietario, pero siempre y cuando pague el precio o el valor asignado al derecho de propiedad.

Ejercida la facultad adquisitiva por el titular del derecho de tanteo y adquirido el derecho de propiedad como consecuencia de dicho ejercicio, tampoco es necesaria la entrega o tradición del bien por parte del propietario originario para la transmisión de su derecho, puesto que esta ya se ha producido *ope legis*. Ahora bien, en la medida en que el titular del derecho de tanteo es un propietario no poseedor, será precisa la entrega del bien del que es propietario para que adquiera también su posesión; pero esta entrega tiene efectos meramente posesorios y carece de efectos reales.¹³⁸

138. El artículo 568-12.1 CCCat, con relación al ejercicio del derecho de opción, establece que, pagado el precio o la contraprestación por sus titulares, «els concedents els han de lliurar la possessió del bé». El precepto, como ya se ha apuntado, es aplicable a los derechos de adquisición preferente y pone de

4.3.2.2. La eficacia real adquisitiva del derecho de retracto

El derecho de retracto «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent», una vez se ha producido y consumado la transmisión del derecho gravado (art. 568-1c CCCat), y esta facultad es de carácter real por serlo asimismo el derecho del que deriva, con independencia de que este derecho esté o no vinculado a un derecho de tanteo previo. El ejercicio de esta facultad adquisitiva se efectúa pagando el retrayente al adquirente, en cuya posición se subroga el primero, el precio o el valor del derecho de propiedad gravado, convenido por el propietario originario y el adquirente en el negocio transmissivo,¹³⁹ y comporta la adquisición, directa e inmediata, sin necesidad de intermediarios, por parte del retrayente del derecho de propiedad (cfr. art. 568-19.2 y 568-24.2 CCCat).

Al igual que sucede en el ejercicio del derecho de tanteo, el pago del precio o del valor del derecho de propiedad lo realiza el titular del retracto a favor del propietario gravado, que ahora es el adquirente al que el propietario originario ha transmitido su derecho con el gravamen que recae sobre el mismo, mientras que en el tanteo el propietario gravado es el propietario originario, que no ha llegado a transmitir su derecho al eventual adquirente. Pero tanto en un caso como en el otro, la satisfacción del importe del precio o del valor del derecho gravado convierte al titular del derecho de adquisición preferente en propietario de forma directa e inmediata.¹⁴⁰

manifiesto que la entrega, una vez se han ejercitado, se orienta simplemente a «lliurar la possessió del bé», porque, como consecuencia de su ejercicio, ya se ha adquirido su propiedad.

139. La STSJC de 30 de junio de 2016, con relación al ejercicio de un derecho de retracto de comuneros, entiende que el retrayente ha de satisfacer al adquirente, además del precio o el valor del derecho gravado, los gastos necesarios y útiles realizados por este último en el bien sobre el que recae el derecho.

140. A diferencia de la posición que mantiene con relación a la eficacia adquisitiva del derecho de tanteo y que se ha expuesto en la nota anterior, Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-16 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1722, entiende que «[e]l ejercicio del retracto produce la adquisición de la propiedad, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública ni ninguna otra forma de tradición. Ello es así porque, tal como ocurre con la opción de naturaleza real, el título adquisitivo no es el contrato, sino el propio derecho de adquisición (vid. DEL POZO, VAQUER y BOSCH, Ob. cit. pág. 386). En consecuencia, la adquisición no es contractual, sino que deriva del ejercicio de un derecho real (de adquisición)». La referencia a la obra de los profesores Del Pozo, Vaquer y Bosch, es a su *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525, en la que el profesor Bosch Capdevila (autor del capítulo correspondiente a los derechos reales de adquisición) afirma que «[s]i se ejercita el retracto, que requiere el pago del precio abonado por el tercero, se produce la adquisición inmediata de la propiedad por el retrayente. La adquisición se producirá en las mismas condiciones jurídicas que tenía el bien al producirse la transmisión a dicho tercero, y el precio satisfecho al tercero quedará a disposición de los titulares de derechos posteriores que se extingan (arg. ex art. 568-12.1 y 2)».

Por mi parte y como se desprende de lo que se dice en el texto, coincido con estas opiniones, si bien entiendo que la eficacia real adquisitiva que en ellas se defiende para el derecho de retracto y el derecho de opción es también aplicable al derecho de tanteo: la eficacia adquisitiva real es propia de *todo* derecho real

En el ejercicio del derecho de retracto, al subrogarse su titular «en el lloc de l'adquirent» haciendo valer su preferencia adquisitiva, no pasa a ocupar una posición jurídica negocial o contractual, sino una titularidad real, desplazando a quien la ocupaba en virtud del *mejor derecho* que le atribuye el retracto, porque el negocio transmissivo se ha perfeccionado y consumado, y el adquirente se convierte efectivamente en propietario, por más que la propiedad de la que es titular —gravada por el derecho de retracto— sea una propiedad provisional o claudicante, cuya subsistencia depende de que el retrayente no ejercite su facultad adquisitiva; y, si lo hace, como esta facultad tiene eficacia real, el titular del retracto adquiere el derecho de propiedad sobre el que recae su derecho.¹⁴¹ Pero, en cualquier caso, a quien tiene que pagar el retrayente el precio o el valor del derecho transmitido para convertirse —a su vez— en propietario es al adquirente, y no al propietario originario,¹⁴² y, como consecuencia de dicho pago, se convierte efectivamente en propietario sin que sea precisa entrega o tradición alguna, porque, desplazando el retrayente al adquirente y colocándose en su lugar, se

de adquisición —preferente o no— y, a mi juicio y como se ha expuesto en los dos epígrafes anteriores, no hay razón para negarla al derecho de tanteo.

141. Cabe plantear si el adquirente puede oponerse al ejercicio del retracto por el retrayente y evitar que se subrogue en la titularidad que ostentaba y si dispone de alguna pretensión para subsanar el eventual perjuicio que este ejercicio le suponga. Evidentemente, si es un tercer adquirente de buena fe a título oneroso, que desconocía la existencia del derecho de retracto, gozará de la protección que le dispensan los artículos 522-8 CCCat y 34 de la Ley hipotecaria (LH), por más que, por lo que respecta al retracto legal sobre bienes inmuebles, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 37 LH. En cuanto al retracto de origen voluntario que recae sobre bienes inmuebles, su preferencia y oponibilidad frente al adquirente dependen de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que, pese al aparente carácter imperativo que se desprende del artículo 568-2.1 CCCat, es potestativa y no obligatoria: la expresión «s'han d'inscriure» se refiere simplemente a la necesidad de su inscripción para que sea oponible a terceros. Por lo tanto, en caso de que el retrayente haga valer frente al adquirente su derecho de retracto inscrito o susceptible de ser conocido, el derecho de propiedad del que este último es titular se supedita a la prevalencia adquisitiva que comporta el retracto, si bien el adquirente conservará el derecho de propiedad que ostenta mientras el retrayente no le satisfaga el precio o valor del mismo. En cuanto a las eventuales pretensiones que puedan corresponder al adquirente frente al propietario originario que le transmitió el derecho de propiedad gravado con el retracto, en el caso de que el negocio transmissivo se hubiera formalizado a través de un contrato de compraventa podrá exigir la responsabilidad prevista para el vendedor en el artículo 621-30 CCCat, si el comprador no conocía ni pudo conocer razonablemente la existencia del derecho de retracto en el momento de la conclusión del contrato y el vendedor garantizó que el bien no estaba gravado o no comunicó al comprador la existencia del gravamen.

142. El retrayente tiene que pagar al adquirente el precio o valor del derecho que este haya satisfecho al propietario originario, para poder subrogarse o colocarse en su lugar y convertirse, a su vez, en propietario, privando al adquirente de la titularidad que ostenta. Ahora bien, si, por la razón que sea (por ejemplo, por haberse pactado un aplazamiento), el adquirente no ha satisfecho la totalidad del precio al propietario originario en el momento en que el retrayente ejercita el retracto, será este último quien tendrá que abonarlo al propietario, en la medida en que su subrogación en la posición jurídica del adquirente se produce en «les mateixes condicions convingudes en [el] negoci jurídic oneros» (art. 568-1.1c CCCat) que ha dado lugar a la transmisión.

produce *ope legis* la adquisición del derecho de propiedad a su favor. Cuestión distinta es que sea necesaria la entrega por parte del adquirente desplazado al retrayente para que este adquiera la posesión del bien del que ya es propietario; pero esta entrega —como ya se ha apuntado— constituye un mero traspaso posesorio y no produce efectos reales.¹⁴³

143. Cfr. *supra* la nota 138.

EL PACTE DE SUBSTITUCIÓ DE LA RENDA PER OBRES EN L'AVANTPROJECTE D'INCORPORACIÓ DE L'ARRENDAMENT DE BÉNS AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Rosa M. Garcia Teruel

*Professora lectora de dret civil
Universitat de Barcelona*

Resum

L'Avantprojecte de llei d'incorporació de l'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya preveu en l'article 623-64 la possibilitat de pactar la substitució de la renda, en un contracte d'arrendament d'habitatge, per obres de reparació, manteniment o millora de l'habitatge. Si entra en vigor, el pacte de substitució de la renda coexistirà amb la regulació de la masoveria urbana de la Llei 18/2007, pel dret a l'habitatge, i amb l'article 17.5 de la Llei d'arrendaments urbans (LAU). Aquesta contribució té per objectiu analitzar el pacte de substitució de la renda, veure si persisteixen les problemàtiques conceptuals i d'aplicació pràctica que ja es presentaven amb l'article 17.5 LAU i proposar-ne millores.

Paraules clau: arrendaments, renda, rehabilitació, habitatge, obres.

EL PACTO DE SUSTITUCIÓN DE LA RENTA POR OBRAS EN EL ANTEPROYECTO DE INCORPORACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE BIENES EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Resumen

El Anteproyecto de ley de incorporación del arrendamiento de bienes al libro sexto del Código civil de Cataluña prevé en el artículo 623-64 la posibilidad de pactar la sustitución de la renta, en un contrato de arrendamiento de vivienda, por obras de reparación, mantenimiento o mejora de la misma. Si finalmente entra en vigor, el pacto de sustitución de la renta coexistirá con la regulación de la *masoveria* urbana en la Ley catalana 18/2007, por el derecho a la vivienda, y con el artículo 17.5 de la Ley de arrendamientos urbanos (LAU). Esta contribución tiene por objetivo analizar el pacto de sustitución de la renta, ver si persisten las problemáticas

conceptuales y de aplicación práctica que ya se presentaban con el artículo 17.5 LAU y proponer mejoras.

Palabras clave: arrendamientos, renta, rehabilitación, vivienda, obras.

THE AGREEMENT ABOUT REPLACING THE RENT FOR WORKS ON THE DRAFT LAW THAT INCORPORATES THE LEASE CONTRACT IN THE CATALAN CIVIL CODE

Abstract

The draft law that incorporates the lease contract in the sixth book of the Catalan Civil Code foresees in Article 623-64 the possibility of replacing the rent for works of repair, maintenance, or improvement in the rented dwelling. Should the draft law come into force, this kind of agreement will coexist with the regulation of the so-called *masoveria urbana* of the Catalan Law 18/2007, on the right to housing, and with Article 17.5 of the Law on Urban Leases (LAU). This contribution aims to analyse this agreement, looking at possible conceptual and practical application problems, and proposes legal improvements.

Keywords: leases, rent, renovations, housing, works.

1. ANTECEDENTS

El 2007 el Parlament de Catalunya aprovà, impulsat per les demandes socials,¹ la Llei 18/2007, pel dret a l'habitatge² (LDH). L'article 3k LDH va introduir el concepte de *masoveria urbana*, un nou tipus contractual que no havia estat regulat anteriorment pel legislador català ni tampoc constava en el Codi civil espanyol (CC). La primera versió de l'article 3k LDH preveia que la masoveria urbana era «el contracte en virtut del qual els propietaris d'un habitatge en cedeixen l'ús, pel termini que s'acordi, a canvi que els cessionaris n'assumeixin les obres de rehabilitació i manteniment». La definició de la masoveria urbana en la LDH, i no en una norma de caràcter civil, donava a entendre que es tractava, essencialment, d'una figura pensada per al seu ús en les polítiques socials d'habitatge.³ De fet, complia la finalitat de permetre a una per-

1. L'any 2000 l'associació Dret a Sostre començà a promoure contractes de masoveria urbana a Mataró. Durant els anys següents, diverses entitats del tercer sector van demanar una regulació d'aquesta pràctica contractual. Vegeu: «Masovers urbans (I)», 30 minuts, Sant Joan Despí, TV3; disponible a: <www.ccma.cat/3cat/masovers-urbans-1a-part/video/1395339/>.

2. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), núm. 5044 (9 gener 2008).

3. Confirmava el seu destí a les polítiques socials d'habitatge el fet que la masoveria urbana es va

sona amb recursos econòmics limitats accedir a un habitatge sense haver de pagar una renda, però satisfent el preu amb la rehabilitació de la mateixa llar. Val a dir que si bé Catalunya no havia tipificat amb anterioritat la masoveria urbana, sí que havia regulat la masoveria amb finalitats agràries,⁴ i en l'emfiteusi era comú incorporar clàusules *ad meliorandum*, en què l'emfiteuta s'obligava a millorar el terreny.⁵

Posteriorment, el legislador estatal decidí incorporar una figura similar a la masoveria urbana en la Llei 29/1994, d'arrendaments urbans (LAU),⁶ a través de la reforma efectuada per la Llei 4/2013.⁷ L'article 17.5 LAU regulà per primer cop en la normativa especial d'arrendaments urbans els denominats per la jurisprudència *arrendaments o contractes «ad meliorandum»*, caracteritzats perquè obligaven l'arrendatari a millorar la cosa llogada com a contraprestació a la cessió de l'ús de la cosa. El Tribunal Suprem (TS) havia entès que aquests contractes estaven exclosos de la LAU

intentar regular més detalladament en el Projecte de Pla Territorial Sectorial de l'Habitatge a Catalunya el 2010, que no es va arribar a publicar, on es preveia l'exclusió dels drets previstos en la LAU, la possibilitat de resoldre el contracte per un retard en l'inici de les obres de més de seixanta dies, etc. La doctrina, però, considerava adient la seva regulació civil. Sergio NASARRE AZNAR, «La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda», a Sergio NASARRE AZNAR (dir.) i Héctor SIMÓN MORENO (coord.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 168.

4. Tot i dir-se *masoveria*, les dues figures no tenen la mateixa naturalesa jurídica. La *masoveria* regulada actualment en l'article 623-33 CCCat recull una pràctica agrària catalana que ja s'utilitzava al segle XII, tot i que actualment està en desús atesa la mercantilització de l'activitat agrària. La seva naturalesa jurídica és de parceria, combinada amb elements de l'arrendament, el mandat i la societat, ja que el masover pot i ha d'utilitzar el mas annex a la finca agrícola, sense satisfer per aquest ús cap preu addicional al marge de l'obligació d'explotació o cultiu del terreny. De fet, el caràcter accessori de l'ús del mas es destaca en l'article 623-33 CCCat, que preveu que l'ús d'aquest «segueix la sort del contracte». Tanmateix, el masover, a més de parcer, actua com a administrador o apoderat de l'amo de la terra. Pere BENITO i MONCLÚS, *Senyoria de la terra i tinença pagesa al comtat de Barcelona (segles XI-XIII)*, Barcelona, CSIC, 2003, p. 635. Antoni VAQUER ALOY, «Art. 39. Masoveria», a Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Comentaris a la Llei de contractes de conreu*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 310. Juana MARCO MOLINA, «Els contractes d'explotació agrària i pecuària», a Ferran BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 286.

5. Guillem M. de BROCÀ, *Historia del derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia. Vol. I (edición facsimilar)*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1985, p. 241 (Textos Jurídicos Catalans; 1). Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, *Els censos en el dret civil de Catalunya: La qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1997, p. 3 (Estudis de Dret Privat Català; 3). Tanmateix, al segle XVII Oliba i Fontanella ja mencionaven que l'emfiteuta no estava obligat només a satisfer el cànon acordat, sinó també a millorar les coses infructuoses amb la clàusula *ad meliorandum*. Antoni OLIBA, *Commentarium de actionibus in duas partes divisa: Pars prima*, Barcelona, Gabriel Graells i Dotil, 1606, p. 400; Joan Pere FONTANELLA, *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, Barcelona, Laurentium Déu, 1641, p. 260.

6. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 282 (25 novembre 1994).

7. BOE, núm. 134 (5 juny 2013).

perquè no tenien la mateixa naturalesa jurídica que el contracte d'arrendament de coses i eren complexos.⁸

La regulació que la Llei 4/2013 introduí per a la denominada per la doctrina *rehabilitació per renda* preveu que les parts puguin pactar, *durant un termini determinat*, que l'obligació de pagament de la renda se substitueixi pel compromís de l'arrendatari d'executar obres de rehabilitació o reforma, sense que això impliqui que els drets previstos en la LAU no li siguin aplicables, ja que és un arrendament d'habitatge (art. 6 LAU). No obstant això, tota la regulació del lloguer d'habitatge està pensada per a l'obligació periòdica de pagament d'una renda, i la inclusió en la LAU d'un arrendament en què l'arrendatari es veu obligat a una conducta de tracte únic —l'execució d'una obra de rehabilitació o reforma— fa palesa la incompatibilitat de la rehabilitació per renda amb la regulació especial d'arrendaments urbans.⁹ En una altra ocasió¹⁰ vam analitzar els problemes de compatibilitat de la rehabilitació per renda amb la resta de disposicions de la LAU, especialment pel que fa a les situacions d'extinció anticipada del contracte (p. ex., les derivades de l'exercici del dret de desistiment de l'arrendatari de l'article 11 LAU o de la finalització del contracte després de vendre l'habitatge de l'article 14 LAU, actualment modificat), problemàtiques que no han estat resoltes pel legislador tot i que ha reformat la LAU en quatre ocasions des del 2013.¹¹

Paral·lelament, el concepte de *masoveria urbana* de l'article 3k LDH es va modificar arran de la publicació de la Llei 3/2017, d'incorporació del llibre sisè del Codi civil de Catalunya,¹² que passaria a ser el següent:

8. Tot i que la jurisprudència havia considerat com a contractes *ad meliorandum* diverses situacions fàctiques, com ara la reconstrucció d'edificacions en ruïna. Vegeu, entre d'altres, les sentències del Tribunal Suprem del 29 de desembre de 1986 (RJ 1986/7831) i del 12 de juliol de 1997 (Tol. 216635).

9. Vegeu especialment les crítiques a les incompatibilitats causades per la incorporació de la rehabilitació per renda a la LAU, a Àngel CARRASCO PERERA, «Comentario al Proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4/2012, p. 118-134, i Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «El pacto de reemplazar la obligación del pago de la renta por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble», a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 583-600.

10. Rosa M. GARCIA TERUEL, *La sustitución de la renta por la rehabilitación o reforma de la vivienda en los arrendamientos urbanos*, València, Tirant lo Blanch, 2019.

11. El 2015, per a canviar el sistema d'actualització de la renda (Llei 2/2015, del 30 de març); el 2018, per a canviar a un règim més proteccionista de l'arrendatari, que va estar en vigor un mes i escaig atesa la falta de suport del Congrés al Reial decret llei 21/2018, del 14 de desembre; el 2019, amb la recuperació dels drets dels arrendataris pel Reial decret llei 7/2019, de l'1 de març; i, finalment, amb l'última reforma per a afegir pròrrogues extraordinàries del contracte i controls de renda amb la Llei 12/2013, del 24 de maig, d'habitatge.

12. DOGC, núm. 7314 (22 febrer 2017).

Masoveria urbana: el contracte onerós en virtut del qual el propietari d'un immoble el cedeix al masover urbà perquè faci les obres de reparació, manteniment i millorament necessàries per tal que l'immoble sigui habitable o per a mantenir-lo en condicions d'habitabilitat. Es regeix pel que hagin convingut les parts i, si no hi ha pacte, la durada del contracte és de cinc anys. Les obres han de constar en el contracte i el propietari el pot resoldre si el masover no les fa en el termini acordat, que, si no hi ha pacte, és de cinc anys.

Aquest nou concepte, a part de generar diversos dubtes,¹³ no completa el règim jurídic aplicable a la masoveria urbana, ni tampoc posa en clar quan s'ha d'aplicar el règim de la masoveria urbana de la LDH i quan el de la rehabilitació per renda de la LAU.

Sis anys després d'aquesta modificació, la Comissió de Codificació de Catalunya ha treballat en l'Avantprojecte de llei d'incorporació de l'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya¹⁴ (d'ara endavant, Avantprojecte CCCat) i ha proposat una regulació catalana per al lloguer de cosa, incloent-hi el d'habitatge i el d'altres usos, i inclús ha regulat per primer cop alguns lloguers atípics, com el rënting.¹⁵ Així mateix, dins de l'arrendament d'habitatge incorpora a l'article 623-64 CCCat el «pacte de substitució de renda per realització d'obres», que s'assimila a la masoveria urbana prevista en la LDH i a la rehabilitació per renda de l'article 17.5 LAU, i que conté una regulació molt més detallada:

13. En primer lloc, tot i que menciona que és un contracte onerós, també preveu que el preu pugui consistir en obres de manteniment que, per la seva baixa entitat econòmica i la seva indeterminació, podrien donar lloc, més aviat, a un contracte gratuït. En segon lloc, preveu que les obres puguin servir per a assolir les condicions d'habitabilitat, sense tenir en compte que, si és així, no es podrà utilitzar l'immoble per a un ús residencial, segons el Decret 141/2012, sobre condicions mínimes d'habitabilitat dels immobles. En tercer lloc, el nou concepte de l'article 3k LDH afegeix que les obres han de constar en el contracte (però no necessàriament la durada), sense determinar si estem davant d'un negoci jurídic formal (on han de constar per escrit aquestes obres) o bé es regeix per la llibertat de forma (art. 1278 CC). En quart lloc, es preveu la possibilitat de resoldre el contracte si el masover no fa les obres en el termini estipulat, fet que sembla indicar que el termini és essencial, però obvia que el remei de la resolució del contracte en principi no entra en joc de manera automàtica un cop s'esgota el termini, sinó que es pot aplicar quan la manca de conformitat és essencial (art. 623-32 Avantprojecte CCCat i 621-40.1c CCCat).

14. Avantprojecte de llei d'incorporació de l'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya, versió del 16 de juny de 2023, amb la valoració de les al·legacions; actualment en fase d'audiència pública.

15. Quant a la inclusió dels arrendaments especials, vegeu Esteve BOSCH CAPDEVILA, «L'arrendament de béns. Propostes de futur a Catalunya», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Girona, Documenta Universitaria, p. 217-264.

Article 623-64. Pacte de substitució de renda per realització d'obres

1. Les parts poden pactar que el pagament de renda sigui substituït, en tot o en part, per l'obligació de fer obres de reparació, manteniment o millora de l'habitatge.

2. El pacte de substitució de renda per realització d'obres s'ha de formalitzar per escrit i ha d'incloure:

a) Una descripció detallada de les obres que s'obliga a realitzar la part arrendatària, amb indicació de si aquesta ha d'aportar els mitjans i materials necessaris per a la seva execució del cost total previst.

b) El termini de realització de les obres i el termini durant el qual la part arrendatària queda exempta de pagar renda.

c) La quantia de la renda, la seva forma de pagament i les regles per a la seva revisió, si el termini previst d'exempció de renda no abasta la durada legal mínima de l'arrendament o si l'obligació de fer les obres determina només una exempció parcial de la renda.

d) Les conseqüències de l'incompliment o compliment defectuós de l'obligació de realitzar les obres i els efectes d'una eventual extinció del contracte abans del seu acabament.

3. La part arrendatària pot dur a terme les obres per si mateixa o recórrer a personal auxiliar i també subcontractar-ne l'execució, si en el contracte no s'ha disposat el contrari.

4. La part arrendadora té dret a verificar i inspeccionar periòdicament les obres per si mateixa o per mitjà del personal tècnic que designi, amb avís previ a la part arrendatària, i donar instruccions adreçades a concretar-ne l'execució.

5. Si en el transcurs de l'execució de les obres la part arrendadora adverteix defectes materials greus no esmenables o retards substancials que facin evident que les obres no es podran completar conforme a allò pactat, pot resoldre el contracte.

6. La part arrendadora ha de rebre l'obra acabada d'acord amb el que s'hagi pactat. A manca de pacte, ambdues parts poden exigir-ne la recepció tan bon punt l'obra estigui finalitzada, encara que l'arrendament no s'hagi extingit. En l'acte de recepció, la part arrendadora, per si mateixa o per mitjà del personal tècnic que hagi designat per a la supervisió de l'execució de les obres, pot fer reserves respecte dels defectes que siguin aparents per a la seva correcció.

7. En tot allò no previst pel contracte o per aquesta llei, cal aplicar respecte de l'obligació de realitzar les obres les disposicions del contracte d'arrendament d'obres.

L'objectiu d'aquesta contribució és estudiar la regulació del pacte de substitució de renda per realització d'obres proposada per la Comissió de Codificació de Catalunya per al futur article 623-64 CCCat, destacar-ne les possibles diferències amb la masoveria urbana i analitzar si persisteixen les problemàtiques que ja es van presentar

amb la incorporació de la rehabilitació per renda en la LAU, així com oferir solucions alternatives per a evitar-les.

2. LA MASOVERIA URBANA I EL PACTE DE SUBSTITUCIÓ DE RENDA PER OBRES EN L'AVANTPROJECTE DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: SÓN TIPUS CONTRACTUALS DIFERENTS?

Una primera qüestió que cal dirimir arran de l'Avantprojecte CCCat és la coexistència del pacte de substitució de renda amb la masoveria urbana regulada en la LDH. En principi, sembla que l'Avantprojecte CCCat no modificarà la LDH quant al concepte de *masoveria urbana*,¹⁶ per la qual cosa, en cas de publicar-se, ens trobarem amb la vigència de dos tipus contractuals: la masoveria urbana i el pacte de substitució de renda per obres de l'article 623-64 CCCat. Això podria indicar que, tot i la similitud, ens trobem davant de tipus contractuals diferents.

Amb la regulació de la rehabilitació per renda en la LAU ja es va plantejar el debat sobre si la masoveria urbana entrava en el tipus contractual de l'arrendament de coses (art. 1543 CC), que tradicionalment només preveia una renda en diners,¹⁷ i si li podia ser d'aplicació la normativa especial d'arrendaments urbans estatal, atesa la manca de regulació de l'arrendament de coses en el CCCat.¹⁸ Per a determinar-ho vam distingir dos supòsits:¹⁹ un primer cas en què les parts de la masoveria urbana no haguessin fixat un «preu cert», tal com requereix l'article 1543 CC, de manera que, com que estaria fora del tipus contractual d'arrendament de coses, també ho estaria de l'aplicació de la normativa d'arrendaments urbans. Aquesta situació es podia donar quan les obres fixades per les parts fossin indeterminades, com ara quan el masover assumeix les obres de manteniment que vagin sorgint durant el termini contractual o quan es compromet a dur a terme les obres que ell consideri adients per a assolir unes condicions d'habitabilitat mínimes.

El segon supòsit era la masoveria urbana amb preu cert, en què les parts acordaven les obres i la seva valoració econòmica, a la qual donaven una funció similar a la renda en diners. El fet que el preu no fos en diners no exclouia la seva tipificació com a contracte d'arrendament, ja que l'article 1543 CC només exigeix que aquest sigui

16. Si més no, no consta que s'hagi de modificar la LDH en l'última versió de l'Avantprojecte, del 16 de juny de 2023, incloent-hi la valoració de les al·legacions.

17. Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, vol. II, *Derecho de obligaciones*, 8a ed., Barcelona, Bosch, 1989, p. 234.

18. Seguint l'article 111-5 CCCat, s'han d'aplicar preferentment les lleis civils catalanes, que constitueixen el dret comú a Catalunya (art. 111-4 CCCat), i el «dret supletori» del CC només s'ha d'aplicar sempre que no s'oposi a les disposicions del dret civil de Catalunya o als seus principis generals.

19. Rosa M. GARCIA TERUEL, *La sustitución de la renta*, p. 185.

«cert», de manera que pot consistir en l'entrega de coses mobles o en la prestació de serveis o obres,²⁰ sempre que en compleixi la mateixa finalitat econòmica i social.²¹ Atesa la naturalesa imperativa de les disposicions de la LAU (art. 6 LAU), en aquest cas el contracte s'havia d'integrar amb les disposicions del Codi civil espanyol de l'arrendament de coses, les de l'arrendament d'obra quant a la prestació del masover, i tot el que preveu la LAU per al lloguer d'habitatge. Altres tesis,²² però, consideraven que en l'ordenament jurídic català la masoveria urbana no compartia la naturalesa jurídica de l'arrendament de coses, ja que la LDH regulava un nou tipus contractual, el de la masoveria urbana, l'element tipificador del qual era la prestació d'obra.

Aquest debat es reobre amb la publicació de l'Avantprojecte CCCat, però ara se centra en la masoveria urbana i la regulació de l'arrendament de coses previst per al CCCat.²³ L'article 623-64.1 CCCat defineix així el pacte de substitució de renda per realització d'obres: «Les parts poden pactar que el pagament de renda sigui substituït, en tot o en part, per l'obligació de fer obres de reparació, manteniment o millora de l'habitatge». A partir d'aquesta definició, es podria qüestionar si un masover urbà està

20. Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, p. 177. No obstant això, històricament el preu de l'arrendament havia de ser en diners, ja que en cas contrari s'estava davant d'un contracte «innominat». Diversos passatges del Digest van servir a la doctrina romanística per a justificar que el preu de la *locatio conductio* havia de ser *pecunia numerata*. Vegeu, tanmateix, els comentaris a l'article 1473 del Projecte de codi civil del 1851 de García Goyena, que deia que el preu havia de ser en diners o en una quantitat de fruits, ja que en cas contrari s'estaria davant d'un contracte innominat. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. III, Madrid, 1852, p. 442.

21. En aquest sentit, J. Fuentes Lojo, en el marc de la legislació especial d'arrendaments urbans, distingia els arrendaments *ad meliorandum* purs, que estaven exclosos de la LAU del 1964, de les clàusules que, atesa la seva escassa rellevància econòmica, no suposaven que el contracte quedés exclòs de la LAU. Una manera de determinar si un arrendament *ad meliorandum* era «pur» o compatible amb la LAU consistia, precisament, a analitzar si es complia la funció econòmica i social de l'arrendament d'habitatge, tasca que correspon en última instància a l'autoritat judicial. Juan V. FUENTES LOJO i José FUENTES LOJO, *Nuevos comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos y a la legislación de viviendas de protección oficial*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 16.

22. M. Luisa ZAHINO RUIZ, «El contracte de masoveria urbana, eventual solució al problema d'accés a l'habitatge sense regulació legal», a Ferran BADOSA (dir.), M. Esperança GINEBRA (coord.) i Elena LAUROBA (coord.), *Estudis de dret català: Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 376. Aquesta proposta vindria a confirmar, tanmateix, la tesi d'Isabel González Pacanowska, que afirmava que el pacte de substitució de renda de l'article 17.5 LAU només admetia obres que constituïssin una prestació accessòria en comparació amb la renda. Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «El pacto de reemplazar la obligación del pago de la renta», p. 585.

23. No obstant això, en la fase d'al·legacions, les relatives al pacte de substitució de la renda no han incidit sobre aquesta problemàtica. L'objecte de debat en aquesta fase s'ha centrat en l'obligatorietat del contingut mínim, en cas de fer el contracte per escrit, o en la necessària menció de les conseqüències davant d'un possible incompliment (art. 623-64 Avantprojecte CCCat). Vegeu GENERALITAT DE CATALUNYA, DIRECCIÓ GENERAL DE DRET, ENTITATS JURÍDIQUES I MEDIACIÓ, *Memòria de les aportacions als tràmits d'audiència i informació pública de l'Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2023.

facultat per a exigir que la durada del contracte sigui de set anys, si l'arrendador és una persona jurídica, tal com preveu l'article 623-42 Avantprojecte CCCat, o si el contracte de masoveria està subjecte al que preveu l'article 623-64 Avantprojecte CCCat.

Les dues figures comparteixen diverses característiques: l'objecte de la cessió és un habitatge i aquesta cessió ha de ser limitada en el temps (art. 3^a LDH i 623-6 i 623-42 Avantprojecte CCCat), en el sentit que no pot ser perpètua.²⁴ Per altra banda, en els dos casos l'obligació —o, almenys, una de les obligacions del masover/arrendatari— serà l'execució d'unes obres de «reparació, manteniment o millora».

La diferència essencial, però, és que l'article 623-64.1 Avantprojecte CCCat, per al pacte de substitució de renda per obres, requereix que s'hagi fixat l'obligació de l'arrendatari en una «renda».²⁵ És a dir, que, tot i que l'obligació principal de l'arrendatari sigui executar unes obres, les parts han de pactar l'equivalent de les obres en diners de pagament periòdic.²⁶

Però, paradoxalment, la regulació del preu de l'arrendament de la cosa prevista en l'Avantprojecte CCCat —aplicable a qualsevol arrendament— preveu que «el preu pot consistir en una renda o en una altra contraprestació»; per tant, hi inclou també l'execució d'obres i la prestació de serveis. Així doncs, l'Avantprojecte CCCat adopta una solució similar a l'article 1543 CC, però en l'àmbit de l'arrendament d'habitatge, amb disposicions imperatives per a la protecció de l'arrendatari, seria necessari fixar una renda en diners encara que l'obligació de l'arrendatari sigui finalment una altra contraprestació (art. 623-39.1g i 623-64 Avantprojecte CCCat). Aquesta paradoxa s'accentua si es té en compte que l'article 623-4.3 Avantprojecte CCCat permet que la renda, en cas que no s'hagi fixat, equivalgui a la pagada en circumstàncies comparables.

Probablement, el requisit de fixar una renda en diners tingui la utilitat de poder compatibilitzar la regulació de l'arrendament d'habitatge amb el pacte de substitució de renda per obres, tot i que, tècnicament, una prestació d'obres per part d'un ar-

24. Per a l'arrendament de cosa, l'article 623-6 Avantprojecte CCCat preveu que si les parts o la llei no han fixat el termini, és indefinit. El CC, tot i que diu que l'arrendament ha de ser per un temps determinat, també admet durades indeterminades o indefinides, sempre que les parts puguin deslliurar-se del contracte i cap d'elles quedi vinculada a la voluntat de l'altra de continuar-lo. Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, p. 181.

25. Per contra, l'article 17.5 LAU no estableix expressament que les parts hagin determinat, a banda de l'obligació de fer les obres, una renda, tot i que es pot deduir del fet que es diu que la renda queda «substituída». En qualsevol cas, aquesta renda pot ser determinable: el preu fixat per l'obra, dividit entre el termini acordat. Rosa M. GARCIA TERUEL, *La sustitución de la renta*, p. 225 i seg.

26. El mot *renda* prové etimològicament de *renddita*, i aquest, de *reddere*, referit al rendiment d'una cosa, associat usualment als fruits que s'obtenen d'un bé (art. 511-3 CCCat). En el cas dels immobles, els fruits corresponen als diners obtinguts del lloguer (o bé a les collites d'un terreny rústic, que complirien una funció similar). Ho confirma l'article 623-4.2 Avantprojecte CCCat quan diu que la renda es pot fixar en diners, en fruits produïts pel bé o en qualsevol altra espècie. P. F. MONLAU, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1856, p. 394.

rendatari o masover pugui considerar-se, també, un preu idoni del tipus contractual de l'arrendament de coses. Aquest requisit pot comportar que, davant una possible entrada en vigor de l'Avantprojecte CCCat, es donin les situacions següents:

- Si se cedeix l'ús d'un habitatge a canvi d'unes obres i no s'ha fixat una renda a la qual equivalen aquestes obres, el contracte es qualificarà de masoveria urbana (art. 3^a LDH). Tot i això, davant l'escassa regulació d'aquesta figura, respecte a allò que les parts no hagin pactat, el contracte s'haurà d'integrar amb les previsions per a l'arrendament de béns (art. 623-1 Avantprojecte CCCat) i l'arrendament d'obra (art. 1588 i seg. CC). Però en principi no seran aplicables, en no tenir fixada una renda en diners, les disposicions de l'arrendament d'habitatge del CCCat.

- Si se cedeix l'ús d'un habitatge a canvi d'unes obres i les parts han fixat l'equivalent d'aquestes en renda, llavors s'aplicarà l'article 623-64 Avantprojecte CCCat i, per tant, també seran aplicables els drets previstos per a l'arrendatari, com el de pròrroga obligatòria de cinc o set anys (art. 623-42 Avantprojecte CCCat).

- Si el que se cedeix no és un habitatge, sinó un immoble per a altres usos (p. ex., comercials), en principi el contracte no estarà regulat ni pel pacte de la masoveria urbana ni pel de substitució de renda del CCCat. En aquest cas, l'article 623-96 Avantprojecte CCCat ofereix una regulació particular per a la substitució de renda per obres en els arrendaments d'un local.²⁷

Així doncs, es podria considerar que l'únic element diferenciador entre el tipus contractual de la masoveria urbana i el pacte de substitució de renda per obres, dins de l'arrendament de béns, és la fixació d'una renda, encara que aquesta mai no s'arribi a satisfer perquè ha quedat substituïda per unes obres. Es pot debatre sobre la conveniència de mantenir dos tipus contractuels tan similars en l'ordenament jurídic català, i més si es fa dependre l'aplicació de normes imperatives (art. 623-38 Avantprojecte CCCat), com els drets de l'arrendatari, del simple fet d'haver previst una renda. Davant d'això, el legislador català també pot valorar altres opcions, com ara eliminar el pacte de la masoveria urbana de la LDH, atès que amb l'article 623-64 CCCat ja es tindria una regulació suficient per a les persones que vulguin accedir a un habitatge amb el pagament d'obres, o dotar la masoveria urbana d'una regulació pròpia i més enfocada a les polítiques socials d'habitatge.

27. L'article 623-96.2 Avantprojecte CCCat preveu que «les parts poden pactar que l'obligació de pagament de renda se substitueixi, en tot o en part i pel període que s'estableixi, per la realització per la part arrendatària d'obres de reforma, rehabilitació, adaptació o millora del local arrendat. La realització de les obres no dona dret a exigir una compensació addicional pel seu cost, llevat de pacte en contra». Probablement per un intent de transcripció de l'article 17.5 LAU, l'Avantprojecte CCCat utilitza erròniament el terme *compensació*. En els pactes de substitució de renda no es pot parlar de «compensació» d'obligacions, ja que la realització d'obres no fa sorgir l'obligació de l'arrendador de pagar-ne el valor.

3. LA REGULACIÓ DE LA SUBSTITUCIÓ DE LA RENDA PER OBRES EN L'AVANTPROJECTE DE CODI CIVIL DE CATALUNYA: ALGUNES QÜESTIONS DUBTOSES

Centrant-nos en la regulació del pacte de substitució de renda per obres previst en l'article 623-64 Avantprojecte CCCat, al marge del debat sobre la seva naturalesa jurídica i la coincidència amb la masoveria urbana, es presenten algunes qüestions que, a la pràctica, podrien descoratjar-ne l'ús.

3.1. OBRES DE REPARACIÓ, MANTENIMENT I MILLORA PER PART DE L'ARRENDATARI

D'acord amb l'article 623-64.1 CCCat, les obres poden ser de «reparació, manteniment o millora de l'habitatge», coincidint amb les obres previstes per a la masoveria urbana. En primer lloc, les obres de millora es refereixen a les modificacions del bé que n'augmenten el valor o l'aprofitament i que no representen, només, la conservació de l'estat inicial que tenia l'immoble.²⁸ Dins del concepte general de *millora*²⁹ entrarien, de fet, les obres de rehabilitació o reforma que menciona l'article 17.5 LAU. Però quant a les obres de manteniment i reparació, que no augmenten el valor de l'immoble,³⁰ solen ser obres que ha d'efectuar l'arrendador (art. 21 LAU i 623-15 Avantprojecte CCCat), que és l'obligat a mantenir la conformitat del bé. Per norma general, un pacte que atribuís les obres de reparació o manteniment a l'arrendatari seria nul perquè contravindria els drets de l'arrendatari (art. 623-38 i 623-41 Avantprojecte CCCat), ja que l'article 623-58 Avantprojecte CCCat preveu que l'arrendador està obligat a mantenir l'habitatge conforme al contracte i a fer les obres i reparacions necessàries, excepte les petites reparacions derivades del desgast produït per la utilització normal del bé i, naturalment, les reparacions necessàries per a esmenar els danys causats per l'arrendatari (art. 623-25 Avantprojecte CCCat).

28. FRANCISCO CERRILLO QUÍLEZ, «El régimen de las mejoras en la vigente legislación de predios rústicos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 265 (1950), p. 361, i CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Art. 22. Obras de mejora», a VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.) i FERNANDO CRESPO ALLUÉ (dir.), *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014.

29. De fet, *millores i reparacions* són dos termes excloents entre si. Les reparacions no suposen un augment del valor de la cosa, mentre que les millores, sí.

30. Les obres de conservació són les que s'efectuen abans que tingui lloc la degradació de la cosa, mentre que les de reparació són les que s'han de dur a terme, precisament, un cop la degradació de la cosa ha tingut lloc, amb la intenció de recuperar l'ús acordat de la cosa. ENRIQUE FRANCOS AVELLANAL, *Las obras de reparación y mejora en la Ley de arrendamientos urbanos: Doctrina y jurisprudencia*, Granada, Comares, 1990, p. 49.

Podria arribar a interpretar-se que el pacte de substitució de renda per obres de l'article 623-64.1 CCCat és una excepció a aquest dret irrenunciable de l'arrendatari. No obstant això, incloure les obres de reparació i manteniment dins de l'objecte d'aquest pacte podria comportar dificultats en la determinació del preu. D'acord amb l'article 623-64 Avantprojecte CCCat, en aquest pacte s'han d'indicar la descripció detallada de l'obra i el cost total previst. Al contrari del que succeeix en les obres de millora, les obres de reparació o manteniment van sorgint amb el pas del temps, de manera que les parts poden desconèixer quines seran necessàries en un futur, a mesura que avanci el deteriorament de l'immoble. Tanmateix, les parts han de fixar el temps de carència de la renda d'acord amb el cost total de les obres i la renda pactada, però l'assumpció d'obres de manteniment pot alterar aquest equilibri si de manera sobrevinguda és necessari fer una obra que suposa una despesa excessiva per a l'arrendatari.

Atès aquest fet, podria resultar convenient que l'article 623-64 Avantprojecte CCCat especifiqués que l'arrendatari ha d'assumir l'obligació general de manteniment de l'immoble i que aquestes obres s'han de computar dins de l'obligació d'executar les obres o bé són una obligació accessòria de l'arrendatari.

3.2. LA FORMA DEL CONTRACTE

L'article 623-64.2 Avantprojecte CCCat preveu que el pacte de substitució de renda per obres «s'ha de formalitzar per escrit». L'article inclou, a més, un llistat d'informació que ha de contenir l'acord, com ara la descripció detallada de les obres, la quantia de la renda, les conseqüències de l'incompliment, etc. Tenint en compte que en una prestació consistent en un *facere* és més difícil determinar la conformitat de l'obligació de l'arrendatari que no pas en una prestació consistent en el pagament d'una renda, resulta convenient que les parts formalitzin per escrit les obres pactades.³¹ No obstant això, cal valorar si l'arrendament en què se substitueix la renda per obres es tracta, doncs, d'un negoci jurídic formal, de manera que la forma escrita seria un requisit *ad solemnitatem*. Si fos el cas, la manca de formalització del contracte per escrit comportaria la seva ineficàcia³² i les subsegüents conseqüències perjudicials sobretot per a l'arrendatari, que hauria d'abandonar l'habitatge.

31. Ferrer i Riba considera que seria convenient, en tots els lloguers d'habitatge, poder sol·licitar la formalització del contracte amb un contingut mínim, però l'exigència de plasmació documental no hauria de significar prescindir de la llibertat de forma. Josep FERRER I RIBA, «L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal», INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, p. 308.

32. Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I, *Parte general del derecho civil y personas jurídicas*, 13a ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 410.

En la LAU, el contracte de lloguer està sotmès a la llibertat de forma (art. 1278 CC), de manera que és vàlid inclús el lloguer verbal, sens perjudici que les parts puguin compel·lir-se a formalitzar el contracte per escrit (art. 37 LAU). De fet, com a norma general en dret comparat,³³ tot i que amb excepcions, el contracte de lloguer no està sotmès a cap forma.

L'article 623-5 Avantprojecte CCCat, situat dins de les disposicions generals de l'arrendament de béns, preveu que «el contracte d'arrendament s'ha de formalitzar per escrit en cas que una disposició legal ho estableixi o a petició de qualsevol de les parts», menció que reflecteix, de fet, les excepcions al principi de llibertat de forma.³⁴ A més, l'apartat 2 d'aquest article possibilita a qualsevol de les parts contractants compel·lir l'altra a formalitzar el contracte en una escriptura pública. Es podria considerar que l'article 623-64.2 Avantprojecte CCCat, referent al pacte de substitució de renda per obres, actua com una disposició legal que requereix la forma escrita com a requisit *ad solemnitatem*.

Hi ha suficients elements, però, per a pensar que l'arrendament en què es pacta la substitució de la renda per obres no és realment un negoci jurídic formal i que la forma requerida té un abast merament *ad probationem*. En matèria d'arrendament d'habitatge per a la residència habitual i permanent, l'article 623-39 Avantprojecte CCCat preveu de nou que el contracte s'ha de formalitzar per escrit, amb un contingut mínim. Però l'article 623-39.4 CCCat estableix que si el contracte no s'ha formalitzat per escrit, les parts es poden compel·lir a fer-ho, incloent-hi tot el contingut mínim previst en la primera secció. Com que el pacte de substitució de renda està inclòs sistemàticament dins de la regulació de l'arrendament d'habitatge per a residència habitual i permanent, entenem que també queda subjecte a aquesta previsió, de manera que s'ha de formalitzar per escrit quan una de les parts ho sol·liciti a l'altra, però no és ineficaç si no s'ha seguit aquesta forma. La necessària formalització per escrit seria interpretada de la mateixa manera que s'ha interpretat l'article 1280 CC.³⁵

33. Joris HOEKSTRA i Fanny CORNETTE, «TENLAW national report for France», a Christoph SCHMID (ed.), *TENLAW: Tenancy Law and Housing Policy in Multi-Level Europe*, Bremen, Universitat Bremen, 2014, disponible a: <www.uni-bremen.de/>, i Julia CORNELIUS i Joanna RZEZNIK, «TENLAW national report for Germany», a Christoph SCHMID (ed.), *TENLAW: Tenancy Law*.

34. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2a ed., Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2021, p. 262.

35. Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Artículo 1280», a Ana CAÑIZARES LASO, Pedro de PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO i Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código civil comentado*, vol. III, 2a ed., Cizur Menor, Civitas i Thomson Reuters, 2016. Vegeu, tanmateix, les sentències del Tribunal Suprem del 5 de febrer de 2007 (RJ 2007/730) i del 16 de setembre de 2014 (RJ 2014/5552).

3.3. EL PAGAMENT DE LA RENDA DESPRÉS DE L'AMORTITZACIÓ DE LES OBRES

L'article 623-64 Avantprojecte CCCat fa referència a diversos terminis. Per una banda, preveu que les parts han d'acordar el termini de «realització de les obres». Aquest seria el termini de l'obligació de l'arrendatari, el temps màxim en què ha de complir la seva obligació, que no necessàriament ha de coincidir amb la durada total del contracte de lloguer.

L'Avantprojecte CCCat no ofereix una solució per al supòsit que les parts no hagin fixat el termini de realització de les obres. Si bé l'article 623-64.7 Avantprojecte CCCat preveu que, en tot allò no previst pel contracte o per aquesta llei, cal aplicar, respecte a l'obligació de dur a terme les obres, les disposicions del contracte d'arrendament d'obra,³⁶ Catalunya no el té regulat. Tampoc no ha regulat una part general de les obligacions que faci referència al termini general de compliment d'aquestes. En aquest cas, és necessari remetre's a la regulació prevista en el CC, que ofereix dues opcions. La primera (art. 1113 CC) és que, a manca de termini, «serà exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto [...]». Aquesta opció, no obstant això, fa que l'arrendatari es vegi obligat a executar una obra de manera immediata, fet que no és factible ni probablement s'ajusta a la voluntat de les parts. La segona opció, que concorda més amb la naturalesa de l'arrendament d'obra,³⁷ és aplicar l'article 1128 CC, que preveu la fixació del termini de manera judicial: «Si la obligación no señalarle plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquél». Així doncs, els tribunals podrien fixar la durada de les obres, que podria correspondre a tota la durada del lloguer acordada (o la presumpta d'un any, *arg. ex art.* 623-42.1 Avantprojecte CCCat) o bé, si les obres són necessàries per a aconseguir l'habitabilitat de l'immoble, a una durada inferior raonable perquè l'arrendatari pugui efectuar-les i començar a residir a l'immoble.

Per altra banda, l'Avantprojecte CCCat preveu també que les parts fixin el termini durant el qual «la part arrendatària queda exempta de pagar renda» (d'ara endavant, termini d'exempció de renda). Aquest seria el termini durant el qual les parts substitueixen el pagament de la renda per l'obligació d'executar les obres. Aquest termini, per norma general, és acordat per les parts. En cas de no fer-ho, el termini d'exempció

36. L'aplicació de la normativa de l'arrendament d'obra s'ha d'efectuar sempre que sigui compatible amb la regulació d'aquest pacte en el CCCat. Per exemple, tot i que l'article 1594 CC especifiqui que «[e]l dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella», aquest dret de desistiment (de l'arrendador) és incompatible amb la regulació de l'arrendament d'habitatge de l'Avantprojecte CCCat, ja que es pretén oferir una estabilitat a l'arrendatari a través de pròrrogues obligatòries (art. 623-42 Avantprojecte CCCat).

37. Antonio GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 294.

de renda ha de correspondre al cost total de les obres dividit pel valor d'una mensualitat de renda, que donarà com a resultat el nombre de mesos en què l'arrendatari pot viure a l'habitatge sense satisfer una renda en diners. El termini d'exempció de renda tampoc no cal que correspongui a la durada del contracte de lloguer i de les seves pròrrogues, ja que depèn del valor de les obres i de la renda fixada, ni cal que l'exempció de renda sigui total, és a dir, que durant determinades mensualitats l'arrendatari no pagui cap quantitat de renda; de fet, el mateix article 623-64.1 Avantprojecte CCCat preveu que la substitució de la renda pugui ser parcial.

Un cop el termini d'exempció de renda hagi finalitzat, l'arrendatari està obligat a pagar la renda fixada, junt amb les seves actualitzacions (art. 623-64.2c Avantprojecte CCCat). En principi, segons la literalitat de l'article 623-64.2 Avantprojecte CCCat, les parts només han de fixar la quantia de la renda, la seva forma de pagament i la seva revisió si el termini previst d'exempció de renda no té la durada legal mínima de l'arrendament o si l'exempció de renda és parcial. No obstant això, com s'ha comentat *supra*, una de les úniques diferències que hi ha entre la masoveria urbana i el pacte de substitució de renda és que aquest segon requereix la fixació d'una renda, per la qual cosa considerem que la renda també ha d'estar fixada inclús si el termini d'exempció supera els cinc/set anys. Aquesta interpretació seria també convenient per a acomodar aquest pacte a totes les disposicions de l'arrendament d'habitatge.

Per exemple, en el cas que, arribat el dia de venciment de la durada mínima (cinc/set anys), cap de les parts notifiqués a l'altra la voluntat de no continuar amb l'arrendament, aquest es prorrogaria per terminis anuals fins a un màxim de tres anys. Així mateix, transcorregut aquest termini, l'article 623-42.4 Avantprojecte CCCat preveu, per als arrendaments d'habitatge permanent, una reconducció tàcita anual, on hauria d'haver-hi fixada una renda per a poder continuar el contracte.³⁸

Seria convenient, doncs, que l'article 623-64.2c Avantprojecte CCCat eliminés el condicionant «si el termini previst d'exempció de renda no abasta la durada legal mínima de l'arrendament o si l'obligació de fer les obres determina només una exempció parcial de la renda», sempre que s'interpretés que el pacte de substitució de renda ha de tenir, necessàriament, una renda fixada, al contrari del que succeeix amb la masoveria urbana.

38. Si l'arrendatari sotsarrenda l'habitatge fent ús de la facultat prevista en l'article 623-45 Avantprojecte CCCat, també seria necessari tenir una renda fixada, ja que la renda del sotsarrendatari no pot superar el preu que paga l'arrendatari, llevat que l'arrendador doni el seu consentiment perquè l'arrendatari obtingui del sotsarrendatari una renda superior.

3.4. LA MANCA DE CONFORMITAT DE L'OBRA I ELS POSSIBLES REMEIS

L'article 623-64.2d Avantprojecte CCCat preveu que les parts han de pactar les conseqüències de l'incompliment o del compliment defectuós de l'obligació de fer les obres i els efectes d'una eventual extinció del contracte abans del seu acabament. Ateses les dificultats que poden sorgir en cas d'incompliment, pot resultar convenient a les parts establir què succeirà davant d'aquesta eventualitat, tot i que, en cas de no pactar res, s'aplicarà el sistema de manca de conformitat i de remeis previst en l'Avantprojecte CCCat, que segueix el sistema per a la compravenda del CCCat.³⁹

Així, l'article 623-15.1 Avantprojecte CCCat disposa que l'arrendador ha d'entregar el bé i mantenir-lo en estat de conformitat durant tota la durada del contracte. Però aquesta disposició no s'aplica expressament a l'obligació de fer obres de l'arrendatari. De fet, l'article 623-17 Avantprojecte CCCat regula els mecanismes per a determinar la conformitat del bé (de l'habitatge), però no els criteris per a determinar la conformitat de la prestació d'obres.

No obstant això, entenem que el sistema de remeis davant d'una manca de conformitat pot ser també aplicable a l'obligació de l'arrendatari. Ho confirma l'article 623-29 Avantprojecte CCCat, que preveu que qualsevol de les dues parts pot sol·licitar els remeis en cas d'incompliment de les obligacions de l'altra part. Tanmateix, l'apartat 2 d'aquest article afegeix que, en tot allò no previst en la subsecció tercera quant als remeis davant l'incompliment, s'ha d'aplicar el sistema de remeis per a la compravenda. Per a dotar aquest pacte de seguretat jurídica, podria ser convenient, però, afegir a l'Avantprojecte alguna disposició referent a la conformitat de les obres, o bé especificar que l'article 623-17 Avantprojecte CCCat també és aplicable a aquesta obligació. Destaquem que, en matèria d'arrendament de local, l'article 623-96.3 Avantprojecte CCCat sí que preveu les conseqüències de l'incompliment, ja que estableix:

[...] si la part arrendatària incompleix l'obligació establerta per l'apartat 2, o la part arrendadora adverteix anticipadament que no es podrà complir allò pactat, aquesta pot optar entre exigir la realització de les obres pactades, exigir el pagament de les rendes substituïdes, o resoldre el contracte, a més de reclamar els danys i perjudicis que hagi sofert.⁴⁰

39. Vegeu Esteve BOSCH CAPDEVILA, «L'arrendament de béns. Propostes de futur a Catalunya», p. 249 i seg.

40. Si bé aquest precepte és un equivalent dels remeis que pot sol·licitar l'arrendador d'un habitatge davant d'un incompliment, és dubtós que pugui exigir directament el pagament de les rendes substituïdes. En principi, seguint la regulació general de la manca de conformitat prevista en l'Avantprojecte CCCat, l'arrendador pot sol·licitar el compliment, la resolució del contracte i, si escau, la indemnització pels danys que hagi sofert. El valor de les rendes substituïdes només entra en joc en el supòsit que, arran d'una reso-

Pel que fa a l'execució de les obres per l'arrendatari, ens podem trobar davant de diverses situacions que condueixen a l'aplicació dels remeis de l'article 623-29 Avantprojecte CCCat. En primer lloc, un retard en el compliment (*mora debitoris*), d'acord amb el termini pactat per a executar les obres o el termini fixat pels tribunals (vegeu *supra*). El tipus de remei depèn de si el retard és essencial o no, fet que s'ha de determinar segons si la prestació amb retard pot satisfer encara les expectatives del creditor (en aquest cas, l'arrendador).⁴¹ En cas que el retard no sigui essencial, l'arrendador no pot, directament, sol·licitar la resolució del contracte, seguint el principi de conservació dels contractes.⁴² Però sí que ho pot fer si concedeix a l'arrendatari un nou termini de compliment que sigui raonable (art. 623-32.4 Avantprojecte CCCat, tot i els dubtes quant a la definició de «raonable») i notifica que, en cas de no complir, el contracte quedarà resolt automàticament. La possibilitat de concedir un termini addicional i de resoldre el contracte posteriorment és especialment beneficiosa per a l'arrendador davant les dificultats a l'hora de determinar si l'incompliment de l'obra és essencial o no. Tanmateix, davant de retards no essencials, l'arrendador pot exigir el compliment específic (p. ex., la reparació) i els danys i perjudicis que el retard li ocasioni (art. 623-29 Avantprojecte CCCat).

En cas que el retard sigui essencial, l'arrendador pot optar pel remei de la resolució del contracte. Però mentre l'arrendatari visqui a l'immoble, probablement la prestació deguda encara pugui complir les expectatives de l'arrendador, excepte quan es trobi davant la negativa manifesta de l'arrendatari a executar les obres o quan aquestes obres siguin necessàries per a assolir les condicions d'habitabilitat de l'immoble abans de començar el termini contractual. En matèria de compravenda, l'article 621-42 Avantprojecte CCCat preveu que l'incompliment essencial és el que priva substancialment l'altra part d'allò a què té dret. En el pacte de substitució de renda, un mer retard rarament pot provocar una privació del dret de l'arrendador, mentre l'arrendatari continuï vivint a l'immoble i estigui en disposició de fer les obres. A més a més, la resolució del contracte pot no resultar el remei més convenient en aquests casos: d'acord amb l'article 621-42.5 CCCat, la resolució comporta la restitució de béns a càrrec de la part que ha incomplert i, per tant, el venedor ha de reemborsar el preu al comprador quan hagi rebut els béns. En una obligació de fer com ho són les obres,

lució del contracte, sigui necessari restituir les prestacions; aleshores l'arrendador pot exigir la diferència entre l'obra efectuada i el temps d'ús final de l'immoble (vegeu *infra*).

41. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña*, p. 182.

42. *Ibidem*, p. 183. En matèria de compravenda, el CCCat també va generalitzar l'incompliment essencial com un requisit per a resoldre el contracte. Esther ARROYO AMAYUELAS, «El derecho a resolver el contrato de compraventa. ¿Qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno?», a Àngel SERRANO DE NICOLÁS, *Estudios sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 231-250.

la restitució serà més difícil. S'hauria de determinar si l'immoble es pot deixar en l'estat inicial o bé si l'arrendador pot aprofitar part de les obres i restituir-ne el valor equivalent, mentre que l'arrendatari hauria de restituir el preu del lloguer equivalent al temps d'ús, que seria la renda pactada.⁴³

En segon lloc, també es pot donar la circumstància que l'obra efectuada per l'arrendatari no coincideixi amb el que s'ha pactat. L'article 623-64 Avantprojecte CCCat també preveu que les parts han d'acordar les conseqüències d'un possible compliment defectuós. Aquesta menció pot servir tant a l'efecte informatiu com per a permetre que les parts pactin quines conseqüències comportarà el fet que l'obra no presenti les qualitats pactades (p. ex., la possibilitat de donar un termini addicional un cop feta la recepció de l'obra amb reserves, seguint l'article 623-64.6 Avantprojecte CCCat, o la possibilitat d'encarregar-ne l'execució a un tercer i que l'arrendatari n'hagi de satisfer el preu). Si l'obra presenta defectes greus, a més, el legislador català considera que l'incompliment és essencial i l'arrendador pot sol·licitar la resolució del contracte (art. 623-64.5 Avantprojecte CCCat). Si el compliment defectuós no arriba a considerar-se un incompliment essencial, l'arrendador podrà sol·licitar el compliment específic, llevat que sigui impossible o amb un cost desproporcionat (art. 623-30.1 Avantprojecte CCCat), i els danys i perjudicis ocasionats.

3.5. EL DRET A VERIFICAR I INSPECCIONAR L'HABITATGE

Un altre aspecte dubtós apareix en l'apartat 4 de l'article 623-64 Avantprojecte CCCat. Segons la proposta, la part arrendadora té dret a verificar i inspeccionar periòdicament⁴⁴ les obres per si mateixa o per mitjà del personal tècnic que designi, amb avís previ a la part arrendatària, i a donar instruccions adreçades a concretar-ne l'execució. En el mateix sentit, l'article 623-26 Avantprojecte CCCat, en matèria de regulació de l'arrendament de coses, preveu que la part arrendatària ha de tolerar la inspecció del bé per la part arrendadora.⁴⁵

43. Sobre la restitució en les obligacions de fer i la problemàtica de les millores, vegeu Josep M. BECH SERRAT, *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 637.

44. En la fase d'al·legacions es va proposar eliminar la paraula «periòdicament», a la qual cosa es va respondre que era necessari emfatitzar que l'arrendador té aquest dret no només un cop, sinó diversos, per a efectuar el control adequat de l'obra. GENERALITAT DE CATALUNYA, DIRECCIÓ GENERAL DE DRET, ENTITATS JURÍDIQUES I MEDIACIÓ, *Memòria de les aportacions als tràmits d'audiència i informació pública de l'Avantprojecte*.

45. L'article 623-41 Avantprojecte CCCat estableix que és nul·la la clàusula que obligui la part arrendatària a tolerar visites; però aquesta nul·litat només regeix si les visites que es pacta tolerar es fan de cara a la possible venda o futur lloguer de l'immoble.

Quant a la possibilitat d'inspeccionar les obres, cal advertir que s'ha de dur a terme dins del que serà el domicili de l'arrendatari.⁴⁶ Per tant, el possible accés a l'immoble queda protegit per l'article 18.2 de la Constitució espanyola (CE), relatiu a la inviolabilitat del domicili. Segons la interpretació jurisprudencial d'aquest article,⁴⁷ només es pot accedir a un domicili amb el consentiment del titular del dret, amb ordre judicial o bé davant de la comissió d'un delictes flagrant o un estat de necessitat. Així doncs, tot i que la llei considera el dret subjectiu de l'arrendador d'accedir a l'immoble llogat, s'ha de compatibilitzar amb la inviolabilitat del domicili de l'arrendatari; si no, un accés indegut podria constituir un delictes de violació del domicili (art. 202 del Codi penal).

L'únic supòsit en què es pot fer ús d'aquest dret de l'arrendador sense necessitat de tenir l'aprovació de l'arrendatari és quan l'immoble encara no constitueix el seu domicili; per exemple, si s'ha pactat que les obres es duren a terme abans d'entrar-hi a viure per a poder assolir les condicions mínimes d'habitabilitat. Si no, l'arrendador ha de requerir el consentiment a l'arrendatari; i si no el té, ha de sol·licitar a l'autoritat judicial poder inspeccionar l'obra, però aquest és un procediment poc àgil. No obstant això, seguint el principi de bona fe i honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat) es podria considerar que una negativa injustificada i reiterada de la possibilitat d'inspeccionar l'immoble podria comportar una possible indemnització pels danys i perjudicis causats a l'arrendador, i, a més, facilitar la inspecció al propietari es pot considerar una obligació de l'arrendatari (art. 1101 CC). Igualment, l'arrendador hauria de fer l'avís previ al qual es refereix l'article 623-64 Avantprojecte CCCat

Per a facilitar el control de les obres a l'arrendador, podria ser més convenient marcar un calendari d'entrega parcial de les obres —possibilitat que admet expressament l'article 1592 CC, en matèria d'arrendament d'obra, sempre que s'hagi pactat—, de manera que, si no es fa una entrega parcial, es poden activar els remeis pertinents. Amb aquesta modalitat l'arrendatari pot exigir la recepció, també, de cadascuna de les parts de l'obra, moment en què l'arrendador pot verificar l'adequació del que s'ha rehabilitat.⁴⁸

A mesura que s'efectuïn les entregues parcials, l'arrendador pot, a més, donar les instruccions que consideri convenientes, tal com preveu l'article 623-64 Avantprojecte CCCat, amb la qual cosa se li reconeix una espècie de *ius variandi*. No obstant això,

46. L'article 18.2 CE no protegeix, només, la vida privada que es pugui dur a terme en una residència habitual. També queden cobertes, a títol d'exemple, les habitacions d'hotel, les segones residències, etc. En paraules del Tribunal Constitucional (Sentència del 17 de gener de 2022 [RTC 2002/10], fonament jurídic setè), «son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo».

47. Sentències del Tribunal Constitucional del 27 d'octubre de 1994 (RTC 1994/290) i el 29 de maig de 2000 (RTC 2000/136).

48. Antonio GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, p. 171.

aquestes instruccions, com diu l'article 623-64.4 Avantprojecte CCCat, han d'anar adreçades a «concretar-ne l'execució».⁴⁹ L'arrendador no pot exigir noves intervencions en l'habitatge i les instruccions han de ser coherents amb el que han pactat les parts, excepte que, per acord, vulguin modificar la tipologia de les obres. Si, arran d'un acord posterior a la celebració del contracte, s'han d'efectuar noves obres que suposin més despesa per a l'arrendatari, aquest pot sol·licitar un «augment del preu» (que, en el pacte de substitució de renda per obres, equival a una extensió del termini d'exempció de renda) per aplicació de l'article 1593 CC.

3.6. LA RECEPCIÓ DE L'OBRA «TAN BON PUNT ESTIGUI FINALITZADA»

L'article 623-64.6 Avantprojecte CCCat preveu:

La part arrendadora ha de rebre l'obra acabada d'acord amb el que s'hagi pactat. A manca de pacte, ambdues parts poden exigir-ne la recepció tan bon punt l'obra estigui finalitzada, encara que l'arrendament no s'hagi extingit. En l'acte de recepció, la part arrendadora, per si mateixa o per mitjà del personal tècnic que hagi designat per a la supervisió de l'execució de les obres, pot fer reserves respecte dels defectes que siguin aparents per a la seva correcció.

Aquest apartat pretén proporcionar un marc normatiu a la recepció de l'obra del pacte de substitució de renda per obres, atès que el CCCat no regula l'arrendament d'obra i que la regulació del CC a partir de l'article 1588 és escassa.⁵⁰ La recepció de l'obra, que constitueix l'última fase del procés constructiu, s'ha d'entendre com l'acte en el qual el comitent —en aquest cas, l'arrendador— aprova l'obra perquè és conforme amb el que es va pactar i se'n fa càrrec.⁵¹ Quant al moment en què s'ha d'efectuar la

49. Aquest precepte presenta similitud amb l'article 1598.1 CC, pel qual «[c]uando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente». En el cas de l'article 1598.1 CC, però, és necessari pactar aquesta facultat, i no justifica que la voluntat del comitent sigui imposada al contractista (Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, p. 309).

50. Contrasta amb la regulació en l'àmbit dels contractes del sector públic, on no només s'han previst de manera extensa els drets i les obligacions de les parts del contracte d'obra, sinó també un procediment de recepció de l'obra, en l'article 243 de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, del 26 de febrer de 2014 (BOE, núm. 272 [9 novembre 2017]).

51. Sobre el concepte de *recepció de l'obra* vegeu Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de la ordenación de la edificación», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2 (2002), p. 513 i seg., i Francisco MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra: Comentarios, jurisprudencia, formularios*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 23-24.

recepció de l'obra, l'article 623-64.6 Avantprojecte CCCat especifica que ha de ser un cop l'obra estigui finalitzada. Però, seguint la regulació general de les obligacions del CC, fixa un termini per al compliment: l'entrega d'obres només és exigible quan arribi el dia fixat (art. 1125 i 1127 CC). A més a més, els terminis beneficien tant el deutor (de l'obra: l'arrendatari) com el creditor (l'arrendador), per la qual cosa, en principi, l'entrega de l'obra s'ha d'efectuar a partir d'aquell dia, excepte quan ambdues parts convinguin una entrega anterior, si l'obra s'ha finalitzat.⁵²

Tanmateix, en termes generals la recepció de l'obra es regula per l'article 6 de la Llei 38/1999, del 5 de novembre, d'ordenació de l'edificació⁵³ (LOE), que la defineix com l'acte pel qual el constructor, un cop conclosa l'obra, l'entrega al promotor, que l'accepta amb reserves o sense. Però la LOE no és d'aplicació directa al pacte de substitució de renda per obres, ja que l'àmbit d'aplicació material d'aquesta llei requereix estar davant d'obres de nova construcció o de rehabilitació que suposin un canvi en la configuració arquitectònica, una variació essencial de la composició exterior, de la volumetria, del sistema estructural o que tinguin per objecte canviar els usos de l'edifici (art. 2.2b LOE). Aquest tipus d'obres rarament es donen en els arrendaments amb aquesta clàusula, ja que, probablement, implica estar davant d'una finca urbana inhàbil per a residir-hi (art. 623-36.1 Avantprojecte CCCat).

No hi ha inconvenient, però, que les parts efectuïn la recepció de manera similar a la prevista en la LOE, o que acordin la recepció provisional de l'obra, si aquesta es pacta per peces, ja que l'article 621-64.6 Avantprojecte CCCat preveu que l'obra es rebi d'acord amb el que s'ha pactat. Si l'arrendador efectua reserves, poden indicar els defectes observats i el termini addicional per a rectificar-los (art. 6.2d LOE). En el supòsit que l'arrendador, un cop finalitzada l'obra, no efectuï la recepció de l'obra, l'article 6.4 LOE preveu que aquesta s'entendrà produïda de manera tàcita si en el termini de trenta dies des de la finalització el promotor no ha manifestat reserves o no ha rebutjat l'obra. No es preveu una regulació similar en l'Avantprojecte CCCat. No obstant això, la doctrina,⁵⁴ seguint la interpretació jurisprudencial de l'arrendament d'obra, s'ha encarregat de perfilar la recepció de l'obra en el marc del CC i admet que

52. En l'arrendament d'obra del CC, tot i que el contractista pugui entregar l'obra amb antelació, el comitent no es pot veure obligat a efectuar el pagament abans d'esgotar el termini fixat. Antonio GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, p. 294.

53. BOE, núm. 266 (6 novembre 1999).

54. Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, p. 135; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de la ordenación de la edificación», p. 534, i Francisco MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, p. 89. No obstant això, si la recepció es produeix quan encara no ha finalitzat el termini contractual, rarament tindrà lloc una recepció tàcita de l'obra: els actes que poden comportar-la són el pagament del preu sense fer reserves, la presa de possessió de l'obra i l'ús de la construcció. Aquests actes no es poden donar en el pacte de substitució de renda (p. ex., el pagament del preu), i menys encara quan la cessió de l'habitatge no ha finalitzat.

pot ser expressa o tàcita, quan dels actes del comitent se'n deriva la recepció o quan ha transcorregut un termini raonable per a examinar l'obra sense que ho hagi fet.

Si hi ha defectes aparents i no es fan reserves, i, per tant, l'obra s'accepta de manera pura i simple, aquests no podran donar lloc a una manca de conformitat, regla que també preveu el llibre sisè per a la manca de conformitat en la compravenda, quan el defecte no es podia ignorar (art. 621-26 CCCat). Altrament, els defectes no aparents, de la mateixa manera que se subjecten al sistema de vicis ocults en el marc del CC,⁵⁵ a Catalunya serveixen per a determinar una possible manca de conformitat d'acord amb els articles 623-17 i 623-29 Avantprojecte CCCat. Finalment, tot i que l'article 623-64.6 Avantprojecte CCCat preveu que l'arrendador «ha de rebre l'obra», això no exclou que es pugui negar a rebre-la si no hi ha coincidència entre l'obra acordada i la que finalment ha executat l'arrendatari.

3.7. ALTRES QÜESTIONS NO RESOLTES

Tot i el grau de detall de l'article 623-64 Avantprojecte CCCat, s'hi pot trobar a faltar algun precepte que resolgui la problemàtica de la finalització anticipada del contracte.

Si bé és cert que l'article 623-64.2d Avantprojecte CCCat preveu que les parts han de pactar els efectes d'una eventual extinció del contracte abans del seu «acabament», aquesta regulació pot resultar insuficient o, inclús, pot passar que les parts no regulin els efectes de l'extinció (vegeu *supra* quant a la forma). L'extinció anticipada del contracte es pot produir per diverses causes: per exemple, si l'arrendatari exerceix el dret de desistiment un cop transcorreguts sis mesos de vigència del contracte (art. 623-44 Avantprojecte CCCat); si l'arrendador posa fi al contracte per necessitat d'habitatge (art. 623-43 Avantprojecte CCCat);⁵⁶ en cas de mort de l'arrendatari sense subrogació dels seus familiars (art. 623-47 Avantprojecte CCCat); o per extinció o transmissió del dret de l'arrendador sobre l'habitatge (art. 623-50 i 51 Avantprojecte CCCat), quan la durada de l'arrendament s'hagués pactat per a un termini superior a la durada legal.

55. Segons l'article 1484.1 CC, el venedor no respon dels defectes manifestos o que estiguin a la vista.

56. En la LAU, la possibilitat que l'arrendador recuperi l'habitatge, quan s'ha pactat una rehabilitació per renda, no ocasiona la mateixa problemàtica que en el pacte de substitució de renda de l'Avantprojecte CCCat. Això es deu al fet que en la LAU només és possible posar fi al contracte quan el contracte està «en pròrroga», i mai no es pot trobar en aquesta situació mentre les obres s'estan duent a terme (en aquest cas, estariem davant del termini convencional). En canvi, l'article 623-43 Avantprojecte CCCat preveu aquest dret de l'arrendador, també, quan el contracte no està tècnicament en pròrroga, sempre que hagin transcorregut com a mínim dos anys. Això provoca que es pugui posar fi al contracte durant el termini d'exempció de renda.

Aquesta extinció anticipada produeix efectes restitutoris.⁵⁷ Si bé els efectes restitutoris en els lloguers amb pagament de renda són limitats, ja que cada mensualitat d'ús equival a una mensualitat de renda i no s'han de retornar les prestacions consumades, en el pacte de substitució de renda per obres aquesta restitució comporta, per les seves pròpies característiques, més dificultats. Quan una de les prestacions no es pugui retornar (per exemple, l'ús de la cosa), s'haurà de retornar l'equivalent econòmic.⁵⁸ Tanmateix, respecte a la prestació d'obres, se n'ha de valorar l'estat: si les obres no han arribat a iniciar-se, l'arrendatari haurà de satisfer l'equivalent econòmic del temps que ha estat utilitzant l'habitatge segons la renda fixada (art. 623-24.2c Avantprojecte CCCat).

Més dificultat es presenta quan les obres s'han dut a terme parcialment: en aquests casos, s'haurà de valorar econòmicament la utilitat de l'obra executada, comparant-la amb el temps d'ús de l'immoble. Si l'arrendatari ha dut a terme una obra que té més valor econòmic que no pas el temps d'ús de l'habitatge (per exemple, l'obra estava gairebé acabada però el temps d'ús va ser només de sis mesos), l'arrendador haurà de restituir econòmicament la diferència entre el valor de l'obra i el temps d'ús, tot i que el contracte no hagi acabat a instància seva. I, altrament, si l'obra està en un estat molt incipient, tot i haver transcorregut gran part del termini contractual, l'arrendatari haurà de satisfer la diferència entre el temps d'ús de l'habitatge i l'obra, per la qual cosa haurà de pagar, de cop, gran part de les rendes corresponents al temps d'ús. Aquesta situació pot ser especialment onerosa per a l'arrendatari que va fer un pacte de substitució de renda probablement perquè no podia satisfer una renda en diners de manera regular.

Tota aquesta problemàtica indica que seria convenient limitar tant com sigui possible les situacions de finalització anticipada del contracte o, almenys, de finalització abans que transcorri el termini d'exempció de renda, com poden ser els casos de desistiment anticipat de l'arrendatari o de finalització del contracte per necessitat d'habitatge de l'arrendador. Quant al desistiment, es pot limitar fins que el termini d'exempció de renda hagi transcorregut. La regulació del dret de sotsarrendar l'habitatge per un màxim d'un any oferiria a l'arrendatari certa flexibilitat si necessités canviar de residència durant aquest període i encarregués la continuació o la finalització de l'obra a un tercer —com permet l'article 623-64 Avantprojecte CCCat—, in-

57. La llei no menciona aquests efectes. No obstant això, es pot entendre que l'extinció anticipada produeix efectes restitutoris arran d'una interpretació extensiva dels efectes de l'anul·labilitat (art. 1303 CC); vegeu la Sentència del Tribunal Suprem del 2 d'abril de 2004 (RJ 2004/1670), fonament jurídic cinquè. Tanmateix, quant al desistiment, l'article 74 del Text refós de la Llei general per a la defensa del consumidors i usuaris (TRLGDCU) preveu que les parts s'han de restituir les prestacions.

58. M. Jesús MONTFORT FERRERO, *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*, València, Tirant lo Blanch, 1999, p. 83, i Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «Artículo 1303», p. 738.

clús al sotsarrendatari. Quant a la finalització del contracte per necessitat d'habitatge de l'arrendador, també es pot limitar temporalment deixant que l'arrendador exerceixi aquest dret només quan el termini d'exempció de renda hagi finalitzat.

4. REFLEXIONS FINALS

La possibilitat de substituir la renda per obres en l'Avantprojecte CCCat, en cas que s'aprovi, dotarà d'un marc legal aquesta tipologia d'arrendament d'habitatge. Això permetrà que els arrendataris que paguin d'aquesta manera s'equiparin en drets amb els arrendataris que paguen una renda, fet que és desitjable tenint en consideració que constitueixen, també, la part feble del contracte. No obstant això, la pervivència de la regulació de la masoveria urbana en la LDH i algunes de les previsions contingudes en l'article 623-64 Avantprojecte CCCat poden comportar dificultats conceptuals i d'aplicació pràctica.

Atesa la difícil conciliació del pacte de substitució de renda amb el règim general d'arrendament d'habitatge, una futura incorporació de l'arrendament de béns al CCCat podria aprofitar l'oportunitat per a fer front a algunes de les qüestions clau d'aquest contracte. Per exemple, seria adequat limitar la possible finalització anticipada del contracte (p. ex., el desistiment) durant el període d'amortització de les obres, cosa que afavoriria la conservació del contracte i evitaria els efectes restitutoris.

Podria ser adient, tanmateix, determinar si el pacte de substitució de renda constitueix una excepció a l'obligació de l'arrendador de dur a terme les obres de reparació per a mantenir l'immoble conforme al contracte, així com adaptar el règim de la masoveria urbana a aquesta nova regulació, atès que l'única diferència per a aplicar la masoveria urbana o el pacte de substitució de renda seria la fixació d'una renda, encara que estigués completament substituïda per les obres. Finalment, es podria compassar la regulació de la substitució de la renda dels arrendaments d'habitatge (art. 623-64 Avantprojecte CCCat) amb la dels arrendaments de local (art. 623-96 Avantprojecte CCCat) fixant quins són els remeis concrets de què disposa l'arrendador, al qual es concedeix, quan no estem davant d'un habitatge, la possibilitat de sol·licitar directament les rendes substituïdes.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. Vol. II. *Derecho de obligaciones*. 8a ed. Barcelona: Bosch, 1989.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «El derecho a resolver el contrato de compraventa. ¿Qué inspiración europea para un derecho civil catalán moderno?». A: SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Estudios sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña*. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 2018, p. 231-250.
- BECH SERRAT, Josep M. *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- BENITO I MONCLÚS, Pere. *Senyoria de la terra i tinença pagesa al comtat de Barcelona (segles XI-XIII)*. Barcelona: CSIC, 2003.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve. «L'arrendament de béns. Propostes de futur a Catalunya». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, p. 217-264.
- BROCA, Guillem M. de. *Historia del derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Vol. I (edición facsimilar). Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1985 (Textos Jurídics Catalans; 1).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de la ordenación de la edificación». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2 (2002).
- CARRASCO PERERA, Ángel. «Comentario al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda». *CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4/2012, p. 118-134.
- CERRILLO QUÍLEZ, Francisco. «El régimen de las mejoras en la vigente legislación de predios rústicos». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 265 (1950).
- CORNELIUS, Julia; RZEZNIK, Joanna. «TENLAW national report for Germany». A: SCHMID, Christoph (ed.). *TENLAW: Tenancy Law and Housing Policy in Multi-Level Europe*. Bremen: Universität Bremen, 2014. Disponible a <www.uni-bremen.de/>.
- DÍEZ-PICAZO, LUÍS; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol. I. *Parte general del derecho civil y personas jurídicas*. 13a ed. Madrid: Tecnos, 2016.
- FERRER I RIBA, Josep. «L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, p. 287-358.

- FONTANELLA, Joan Pere. *De Pactis Nuptialibus Sive Capitulis Matrimonialibus Tractatus*. Barcelona: Laurentium Déu, 1641.
- FRANCOS AVELLANAL, Enrique. *Las obras de reparación y mejora en la ley de arrendamientos urbanos: doctrina y jurisprudencia*. Granada: Comares, 1990.
- FUENTES LOJO, Juan V.; FUENTES LOJO, José. *Nuevos comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos y a la legislación de viviendas de protección oficial*. Barcelona: Bosch, 1970.
- GARCÍA CONESA, Antonio. *Derecho de la construcción*. Barcelona: Bosch, 1996.
- GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. T. III. Madrid, 1852.
- GARCIA TERUEL, Rosa M. *La substitución de la renta por la rehabilitación o reforma de la vivienda en los arrendamientos urbanos*. València: Tirant lo Blanch, 2019.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. «El pacto de reemplazar la obligación del pago de la renta por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble». A: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 583-600.
- HOEKSTRA, Joris; CORNETTE, Fanny. «TENLAW national report for France». A: SCHMID, Christoph (ed.). *TENLAW: Tenancy Law and Housing Policy in Multi-Level Europe*. Bremen: Universität Bremen, 2014. Disponible a: <www.uni-bremen.de/>.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. «Artículo 1303». A: CAÑIZARES LASO, Ana; PABLO CONTRERAS, Pedro de; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.). *Código civil comentado*. Vol. III. 2a ed. Cizur Menor: Civitas i Thomson Reuters, 2016.
- MARCO MOLINA, Juana. «Els contractes d'explotació agraria i pecuaria». A: BADOSA COLL, Ferran. *Manual de dret civil català*. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Art. 22. Obras de mejora». A: GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (dir.); CRESPO ALLUÉ, Fernando (dir.). *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2014.
- MARTÍNEZ MAS, Francisco. *La recepción en el contrato de obra: Comentarios, jurisprudencia, formularios*. Madrid: Dykinson, 1998.
- MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni. *Els censos en el dret civil de Catalunya: La qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1997 (Estudis de Dret Privat Català; 3).
- MONLAU, P. F. *Diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid: Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1856.
- MONTFORT FERRERO, M. Jesús. *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*. València: Tirant lo Blanch, 1999.

- NASARRE AZNAR, Sergio. «La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda». A: NASARRE AZNAR, Sergio (dir.); SIMÓN MORENO, Héctor (coord.). *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*. Barcellona: Atelier, 2011.
- OLIBA, Antoni. *Commentarium de actionibus in dues partes diivisa: Pars prima*. Barcelona: Gabriel Graells i Dotil, 1606.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*. 2a ed. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 2021.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario. «Artículo 1280». A: CAÑIZARES LASO, Ana; PABLO CONTRERAS, Pedro de; ORDUÑA MORENO, Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.). *Código civil comentado*. Vol. III. 2a ed. Cizur Menor: Civitas i Thomson Reuters, 2016.
- ZAHINO RUIZ, M. Luisa. «El contracte de masoveria urbana, eventual solució al problema d'accés a l'habitatge sense regulació legal». A: BADOSA, Ferran (dir.); GINEBRA, M. Esperança (coord.); LAUROBA, Elena (coord.). *Estudis de dret Català: Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*. Barcelona: Atelier, 2022.

HABITATGE SOSTENIBLE, CONSUMIDOR VULNERABLE I RESOLUCIÓ ALTERNATIVA DE CONFLICTES

Isabel Viola Demestre¹
Universitat de Barcelona
Professora titular de dret civil

Resum

Aquest treball parteix de l'anàlisi dels conceptes relacionats amb l'habitatge sostenible i la reforma edificatòria, i de la seva incidència en les persones consumidores vulnerables en diferents dimensions, examina les controvèrsies que sorgeixen al si de les comunitats de propietaris per a assolir els acords necessaris per a l'inici de les obres i entre els propietaris dels elements privatis i els empresaris que les executen, i presenta els mecanismes extrajudicials de gestió per a la seva resolució positiva.

Paraules clau: sostenibilitat, transició energètica, gestió de controvèrsies.

VIVIENDA SOSTENIBLE, CONSUMIDOR VULNERABLE Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Resumen

Este trabajo parte del análisis de los conceptos relacionados con la vivienda sostenible y la reforma edificatoria, y de su incidencia en las personas consumidoras vulnerables en diferentes dimensiones, examina las controversias que surgen en el seno de las comunidades de propietarios para alcanzar los acuerdos necesarios para el inicio de las obras y entre los propietarios de los elementos privativos y los empresarios que las ejecutan, y presenta los mecanismos extrajudiciales de gestión para su resolución positiva.

Palabras clave: sostenibilidad, transición energética, gestión de controversias.

1. Una síntesi d'aquest treball, que s'emmarca en les feines de recerca que l'autora desenvolupa en els projectes PID2021-125149NB-I00, 2021SGR00347 i GINDOC-UB/014, va ser presentada en el seminari internacional «Sostenibilitat i noves tecnologies en el dret privat a Catalunya» el 23 de novembre de 2023.

SUSTAINABLE HOUSING, VULNERABLE CONSUMER AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Summary

This work starts from the analysis of the concepts related to sustainable housing and building renovation and their incidence for vulnerable consumers, in different dimensions and presents the controversies that arise in the community of owners to achieve the necessary agreements for the start of the works and the relationship between the owners of the private elements and the entrepreneurs who execute them and the extrajudicial management mechanisms for their positive resolution.

Keywords: sustainability, energy transition, management of controversies.

1. PLANTEJAMENT DEL TEMA: PER UN HABITATGE SOSTENIBLE

S'atribueix als edificis, aproximadament, el 40 % del consum total d'energia de la Unió Europea, i el 36 % de les emissions de gasos amb efecte d'hivernacle² procedeixen d'aquesta energia.³ Per aquest motiu, una de les accions proposades per la Unió Europea per a intentar frenar el canvi climàtic, afavorir la transició ecològica i lluitar contra la pobresa energètica,⁴ d'acord amb l'objectiu de desenvolupament sostenible

2. Ambdues dades estan recollides en el considerant 42 de la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de setembre de 2023, relativa a l'eficiència energètica i per la qual es modifica el Reglament (UE) 2023/955 (versió refosa). Vegeu-ho a: <www.boe.es/doue/2023/231/L00001-00111.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

3. *Resource efficiency and climate change* ('Ús eficient dels recursos i canvi climàtic', document en anglès), 2020, de la Plataforma Internacional de Recuperació, i *Ressource efficiency and climate change* (informe sobre la bretxa d'emissions), Nova York, Organització de les Nacions Unides, 2019; <www.resourcepanel.org/reports/resource-efficiency-and-climate-change> (consulta: 8 gener 2024).

4. L'Estratègia Nacional Contra la Pobresa Energètica (ENCPE) va definir la *pobresa energètica* per a Espanya com la situació en què es troba una llar on no poden ser satisfetes les necessitats bàsiques de subministrament d'energia com a conseqüència d'un nivell d'ingressos insuficient i que, si escau, es pot veure agreujada per disposar d'un habitatge ineficient en energia. Vegeu *Estrategia nacional contra la pobreza energética (2019-2024)*, Madrid, Ministerio para la Transición Ecológica, Gobierno de España, 2019, p. 6. Vegeu l'estratègia a: <www.miteco.gob.es/es/prensa/estrategianacionalcontralapobrezaenergetica2019-2024_tcm30-496282.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

Més recentment, la Unió Europea (art. 2.52 Directiva (UE) 2023/1791; DOUE-L-2023-81299, del 20 de setembre de 2023, p. 1) n'ha ofert una definició (la traducció és nostra):

[...] tota situació en què una llar no pot accedir als serveis energètics essencials quan dits serveis proporcionen uns nivells bàsics i dignes de vida i salut, com ara calefacció, aigua calenta, refrigeració i il·luminació adequades, i l'energia a per fer funcionar els aparells, donats el context

(ODS) 7, és impulsar la rehabilitació dels edificis públics i privats. Esmentar els edificis privats significa parlar dels residencials, de les construccions en què es troben habitatges (i locals de negoci), i del que es tracta, doncs, és de propiciar un ús més sostenible⁵ dels recursos perquè siguin energèticament eficients.

Per a assolir aquesta transició energètica dels habitatges i dels edificis residencials, unifamiliars o plurifamiliars, un dels principis clau de la Unió Europea és l'assequibilitat. Després del primer principi rector de l'eficiència energètica, immediatament a continuació es persegueix que els edificis que siguin d'alt rendiment energètic i sostenibles estiguin a l'abast de tothom, especialment a les llars d'ingressos mitjans i baixos i a les persones i les àrees vulnerables,⁶ i que ningú no es quedi enrere.⁷ El perquè és evident: les comunitats energètiques destaquen perquè generen, consumeixen, emmagatzemen i, si és possible, venen energia, de manera que poden propiciar

nacional pertinent, la política social nacional existent i altres polítiques nacionals pertinents, com a conseqüència de diversos factors, incloent-hi, com a mínim, els següents: inassequibilitat, renda disponible insuficient, despesa energètica elevada i escassa eficiència energètica de les llars.

5. Entenem la sostenibilitat en el sentit que proposa Bellosó Martín, és a dir, com el fet de «satisfer les necessitats de la generació present sense comprometre aquelles altres que necessitaran les generacions futures [...]» (la traducció és nostra). Vegeu Nuria BELLOSO MARTÍN, «Un intento de fundamentar derechos de los no-humanos (derechos de la naturaleza) a partir del desarrollo sostenible», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 13, núm. 1 (2022), p. 10, <<https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/404067/49784>> (consulta: 8 gener 2024).

6. Vegeu la *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A renovation wave for Europe - greening our buildings, creating jobs, improving lives* (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas), Brussel·les, European Commission, 14 d'octubre de 2020, COM (2020) 662 final. Vegeu: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=&CELEX:52020DC0662&from=EN#footnoteref3>> (consulta: 8 gener 2024).

7. Que ningú no es quedi enrere és un dels objectius que la Unió Europea persegueix amb el mecanisme per a una transició justa. Per a complir-ho, s'hi destinen 55.000 milions d'euros del pressupost de la Unió Europea des del 2019 fins al 2024. Aquests fons es gestionen a través de la Plataforma de Transició Justa, a la qual poden accedir els estats membres i on s'indica de quina manera expressa es protegirà les poblacions i els ciutadans més vulnerables en la transició, a través de, per exemple, més eficiència energètica dels habitatges i inversions per a lluitar contra la pobresa energètica. Vegeu aquesta informació sobre la Plataforma de Transició Justa a l'enllaç següent: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/finance-and-green-deal/just-transition-mechanism_ca#quin-es-beneficiar> (consulta: 8 gener 2024).

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA-SÁNCHEZ, «El ambicioso Pacto Verde europeo», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101 (12 maig 2020), p. 78-109, analitza algunes dades més sobre el mecanisme per a una transició justa.

Sobre la distribució dels fons als diferents països de la Unió Europea, vegeu: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/abo_u_the_european_commission/eu_budget/jtf_current.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

que les persones vulnerables disposin també d'habitatges energèticament sostenibles i, per tant, surtin de la situació de pobresa en aquest context.

Sens dubte, el finançament és clau en tota aquesta transició. Els ajuts i les subvencions, els fons NextGeneration EU,⁸ constitueixen un dels aspectes fonamentals, si no el principal, perquè les persones, sobretot les econòmicament vulnerables⁹ i en situació de pobresa energètica, puguin accedir a aquesta rehabilitació.¹⁰ La transició de l'habitatge ineficient energèticament a un de sostenible ajuda a aconseguir un estalvi,¹¹ un cost més assequible de l'energia, és a dir, a reduir la factura.

Aquesta transició ecològica immobiliària residencial requereix intervencions de diferent envergadura als edificis privats: des de determinades modificacions de més profunditat en alguns elements estructurals de l'edifici (millora de l'envolupant tèrmica, revestiments, canvis de finestres), en els sistemes de calefacció (per exemple, substitució de la caldera), fins a la instal·lació de plaques solars i altres mesures (punts de càrrega per a vehicles elèctrics, substitució dels electrodomèstics per uns d'eficients).¹² Totes han de dur-se a terme mitjançant contractes d'adqui-

8. Quant a les ajudes a l'autoconsum amb fonts d'energia renovables i eficiència energètica dels fons NextGeneration UE, vegeu <https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en> (consulta: 8 gener 2024).

9. Vegeu les propostes d'ajuts al finançament en la comunicació de la Comissió *A renovation wave for Europe-greening our buildings, creating jobs, improving lives*.

10. En l'annex I del Reglament (UE) 2018/1999, titulat «Marco general relativo a los planes nacionales integrados de energía y clima», part 1, «Marco general», «3. Políticas y medidas», «3.4. Dimensión del mercado interior de la energía», «3.4.3.iv. Políticas y medidas de protección de los consumidores, especialmente de los consumidores de energías vulnerables y, en su caso, pobres, y de mejora de la competitividad y la competencia en el mercado minorista de la energía». Reglament (UE) 2018/1999 del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 de desembre de 2018, sobre la governança de la Unió de l'Energia i de l'Acció pel Clima i pel qual es modifiquen els reglaments (CE) núm. 663/2009 i (CE) 715/2009 del Parlament Europeu i del Consell, les directives 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE i 2013/30/UE del Parlament Europeu i del Consell, i les directives 2009/119/CE i (UE) 2015/652 del Consell, i es deroga el Reglament (UE) núm. 525/2013 del Parlament Europeu i del Consell. Es pot consultar a: <www.boe.es/doue/2018/328/L00001-00077.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

11. En aquest sentit, vegeu el projecte presentat pel Col·legi Oficial d'Arquitectes i dels Arquitectes Tècnics de Catalunya i el Consell de Col·legis d'Administradors de Finques de Catalunya, amb la col·laboració de la Generalitat de Catalunya i l'Ajuntament de Barcelona, el lema del qual és, precisament, «rehabilitar és estalviar», <<https://rehabilitaresahorrar.cat/perque-rehabilitar-ara>> (consulta: 8 gener 2024).

També l'OCU Espanya posa l'accent en l'estalvi que representa l'aïllament correcte de la façana d'un habitatge; vegeu <www.ocu.org/vivienda-y-energia/calefaccion/consejos/ahorro-aislar-vivenda> (consulta: 8 gener 2024).

12. Les subvencions cobreixen la millora de l'aïllament en façanes i cobertes, el canvi de finestres, la instal·lació de plaques solars i aerotèrmia, els equips i materials, l'obra civil, els equipaments hidràulics i els sistemes de monitorització i gestió. Vegeu «Ayudas al autoconsumo con fuentes de energía renovables y ayudas a la eficiencia energética para particulares», <<https://nexteugeneration.com/ayudas-energia-particulares/>> (consulta: 8 gener 2024).

sició de béns i serveis entre persones físiques i empreses; en suma, en relacions de consum.

2. EL CONSUMIDOR VULNERABLE DAVANT DE LA REHABILITACIÓ DEL SEU HABITATGE

Estem davant d'un desafiament per a totes les persones i, molt especialment, per a les consumidores vulnerables,¹³ des del punt de vista informatiu i econòmic. Informatiu perquè alguns d'aquests béns i serveis per a la rehabilitació de l'habitatge unifamiliar o de l'edifici on es troba el pis ofereixen uns aspectes tècnics¹⁴ poc o gens coneguts pel consumidor mitjà,¹⁵ i menys encara per a un que sigui vulnerable per

13. L'Estratègia Nacional contra la Pobresa Energètica (2019-2024) del Ministeri per a la Transició Ecològica defineix el consumidor vulnerable com «el consumidor d'energia elèctrica o d'usos tèrmics que es troba en situació de pobresa energètica, i en pot ser beneficiari de les mesures de suport establertes per les administracions». *Estrategia nacional contra la pobreza energética (2019-2024)*, p. 6. Vegeu: <www.miteco.gob.es/es/prensa/estrategianacionalcontralapobrezaenergetica2019-2024_tcm30-496282.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

14. Vegeu, per exemple, en la pàgina 37 les condicions mínimes que l'envolupant tèrmica de l'edifici ha de complir. I vegeu els suggeriments de solucions estàndard en la guia d'aplicació del document bàsic d'estalvi d'energia (*Documento básico de ahorro de energía*, DB-HE) del 2019, versió del juny del 2022. Elaborada per l'Institut de Ciències de la Construcció Eduardo Torroja (IETcc), pertanyent al Consell Superior d'Investigacions Científiques (CSIC), sota la supervisió de la Direcció General d'Agenda Urbana i Arquitectura del Ministeri de Transports, Mobilitat i Agenda Urbana, té per objectiu facilitar l'aplicació del nou DB-HE, recollit en el Reial decret 732/2019, del 20 de desembre, i el Reial decret 450/2022, del 14 de juny, pel qual es modifica el Codi tècnic de l'edificació (CTE) aprovat pel Reial decret 314/2006, del 17 de març. *Guía de aplicación DB-HE 2019*, 2a ed., Madrid, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, juny del 2022 (NIPO: 796-22090-4 ISBN: 978-84-498-1076-3). Disponible a: <www.codigotecnico.org/pdf/GuiasyOtros/Guia_aplicacion_DBHE2019.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

15. Entenem per *consumidor mitjà* el que, segons la interpretació que ha fet d'aquest concepte el Tribunal de Justícia, està normalment informat i és raonablement atent i perspicaç, tenint en compte els factors socials, culturals i lingüístics, però inclou a més, disposicions encaminades a impedir l'explotació de consumidors les característiques dels quals els fan especialment vulnerables a les pràctiques comercials deslleials. Vegeu el considerant 18 de la Directiva 2005/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors en el mercat interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consell, les directives 97/7/CE, 98/27/CE i 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell, i el Reglament (CE) núm. 2006/2004 del Parlament Europeu i del Consell (Directiva sobre les pràctiques comercials deslleials), <www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf> (consulta: 8 gener 2024). Vegeu, per totes, la Sentència del Tribunal de Justícia del 16 de juliol de 1998, assumpte C-210/96, cas Springenheide i Tusky, punt 31, p. 4691, que va determinar un abans i un després en aquest concepte de *consumidor mitjà* (consulta: 8 gener 2024). Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, any 8, núm. 17 (gener-abril 2004), p. 47-81.

alguna circumstància concreta que li dificulti la interpretació de la informació sobre la rehabilitació o mesura necessària per a assolir la transició energètica. Econòmic perquè els costos d'aquesta rehabilitació no són a l'abast de totes les butxaques.¹⁶ Les persones que tenen dificultats per a pagar la factura de l'electricitat o el gas, també en tindran per a abonar les despeses derivades de qualsevol reforma que es faci a casa seva. La Unió Europea és plenament conscient de la rellevància del finançament i per això en la seva Recomanació de la Comissió 2023/2407, del 20 d'octubre, sobre pobresa energètica, reconeix en el considerant 44 que aquestes llars necessiten ajuda financera pública, que pot adoptar la forma d'una subvenció inicial directa, un pagament directe per a obres d'eficiència energètica o renovació, un préstec públic que permeti a les llars tornar la inversió pública a mesura que es produeixi l'estalvi en la factura energètica, préstecs a tipus d'interès zero o qualsevol altra forma innovadora de finançament per a ajudar-los a finançar les obres de renovació energètica.¹⁷

16. Segons el lloc web *Habitissimo*, el preu mitjà del cost d'una rehabilitació és de 4.483 €, encara que pot pujar fins a 18.000 €. Pel seu interès, reproduïm íntegrament el text que relaciona els costos d'aquesta rehabilitació. Vegeu: <www.habitissimo.es/presupuestos/rehabilitacion-fachadas> (consulta: 8 gener 2024) (la traducció és nostra):

El cost de rehabilitar una façana amb sistema SATE, si té aproximadament uns 100 m² i no cal fer reparacions prèvies, se situaria en uns 7.000 €. Rehabilitar una façana exterior de 100 m² pot costar al voltant de 20.000 €, encara que el preu es pot reduir o elevar segons els revestiments i el sistema d'ancoratge. En l'elaboració del pressupost per a la rehabilitació d'una façana es tenen en compte diversos factors. Honoraris de professionals: els arquitectes o arquitectes tècnics encarregats de dur a terme el projecte i la direcció de l'obra cobren un percentatge del projecte d'execució material (PEM) que pot situar-se entre el 4 % i el 6 %. Si s'afegeix aquest cost al dels professionals encarregats d'executar el projecte, la mà d'obra suposaria al voltant del 25 %-30 % del total. Llicències necessàries: les taxes administratives depenen de cada ajuntament, però poden situar-se al voltant del 2 % del PEM. A això cal afegir l'impost sobre construccions, instal·lacions i obres (ICIO), que suposa al voltant d'un 4 % del PEM. Dimensions de la façana: la superfície de la façana influeix en la quantitat de material i mà d'obra necessàries per a la rehabilitació. Però, a més, en façanes més grans caldrà emprar mitjans de treball en altura, de manera que el cost dels treballs s'eleva. Estat actual de la façana: en el cas que la façana presenti un elevat grau de deteriorament, esquerdes o humitats, caldrà fer prèviament treballs de reparació. L'increment en el pressupost per aquesta qüestió dependrà del tipus de feines, però pot arribar al 10 %. Sistema de rehabilitació emprat: el cost d'arreglar una façana dependrà, fonamentalment d'aquest factor. Tant les façanes ventilades com el sistema SATE són notablement més cars que els morters monocapa o el simple arrebossat de ciment, i aquest darrer és el més econòmic. Lloguer de bastides: són imprescindibles per treballar a la façana. El cost mitjà per m² de lloguer es pot situar al voltant de 2 €/dia, encara que dependrà del tipus de bastida. A això caldrà afegir el muntatge i desmuntatge, que sumarien a partir de 4-5 €/m².

17. *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE), sèrie L, 23 d'octubre de 2023.

Cal, per tant, que aflori la vulnerabilitat concreta¹⁸ en els termes de la legislació de consumidors, és a dir, les característiques, necessitats o circumstàncies personals, econòmiques, educatives o socials, de les persones físiques o col·lectivitats que hi ha, encara que sigui territorialment, sectorialment o temporalment, en una situació especial de subordinació, indefensió o desprotecció que els impedeix l'exercici dels seus drets com a persones consumidores en condicions d'igualtat (art. 3.2 del Reial decret legislatiu 1/2007, del 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries [d'ara endavant, TRLGDCU]), i distingint, a més, la vulnerabilitat econòmica de la vulnerabilitat derivada de la relació de consum.¹⁹

Quan la vulnerabilitat és estrictament econòmica²⁰ i, per tant, impedeix que la persona pugui tenir els diners que necessita per a rehabilitar el seu habitatge o participar en la modificació de l'edifici on es troba, les ajudes i subvencions poden servir, sens dubte, per a superar aquest impediment com a mesura d'intervenció de l'Administració.²¹ Tot i això, algunes veus, com l'Organització de Consumidors i Usuaris d'Espanya (OCU), ja han posat de manifest que aquestes ajudes i subvencions poden no arribar, precisament, als col·lectius que més ho necessiten a causa de diferents obstacles: l'exigència dels requisits per a obtenir les ajudes (en algunes comunitats autò-

18. Sobre el concepte de *vulnerabilitat*, vegeu Antoni MUT PIÑA, «La vulnerabilidad en las relaciones de consumo y los deberes de información: un análisis empírico», a M. Victoria MAYOR DEL HOYO i Sofía de SALAS MURILLO (dir.), *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 221-244.

19. Antoni MUT PIÑA, «La vulnerabilidad en las relaciones de consumo y los deberes de información», p. 225.

20. Segons González Ríos, es considera que un client és vulnerable quan no pot fer front al pagament del subministrament, encara que el preu sigui raonable i assequible. Isabel GONZÁLEZ RÍOS, «La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra la pobreza energética: previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45 (2013), p. 599. Per a Teresa HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 71, la vulnerabilitat nuclear de la normativa energètica que consisteix en la dificultat o impossibilitat econòmica no és res més que una circumstància comptable.

Segons el considerant 77 de la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de setembre de 2023, relativa a l'eficiència energètica i per la qual es modifica el Reglament (UE) 2023/955 (versió refosa), cadascun dels estats membres ha de definir el concepte de *client vulnerable*, que podrà referir-se a la pobresa energètica i, entre altres coses, a la prohibició de desconnexió de l'electricitat a aquests clients en moments crítics. El concepte de *clients vulnerables* pot comprendre els nivells de renda, la proporció de la renda disponible dedicada a la despesa energètica, l'eficiència energètica de les llars, la dependència crítica d'equipaments elèctrics per motius de salut, l'edat o altres criteris. Això permet als estats membres incloure persones en llars amb renda baixa.

21. Isabel GONZÁLEZ RÍOS, «La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra la pobreza energética», p. 599.

nomes es vinculen al bo social),²² els tràmits burocràtics per a sol·licitar-los (complexos, farragosos) i el seu cost (s'ha de pagar en tot cas el 21 % de l'impost sobre el valor afegit [IVA] de les obres).²³

Quan la vulnerabilitat se situa en el marc de la relació de consum —per tant, arran de la concurrència de circumstàncies personals, característiques o necessitats en els termes legals indicats anteriorment—, la seva identificació²⁴ és essencial per a determinar quina és la mesura necessària²⁵ per a aconseguir que la persona pugui accedir en condicions d'igualtat als serveis que l'ajudaran a fer que el seu habitatge sigui energèticament sostenible i la vulnerabilitat no sigui un obstacle que la situï en una pitjor situació que a les altres, com podria passar amb els habitatges de famílies monoparentals o famílies amb persones amb discapacitat de més del 33 % o dependència de grau II o III a càrrec.²⁶ Segons un estudi del 2019,²⁷ les variables clau de les quals depèn estar en situació de pobresa energètica en un habitatge són: a) les característiques de

22. A Espanya, els consumidors vulnerables tenen l'opció d'acollir-se al bo social elèctric per a fer front al cost de l'energia, que es concreta en un descompte de la factura d'electricitat del titular d'un punt de subministrament a l'habitatge habitual, regulat en el Reial decret llei 6/2009, del 30 d'abril, pel qual s'adopten determinades mesures en el sector energètic i s'aprova el bo social. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 111 (7 maig 2009). Podeu consultar la versió consolidada a l'enllaç següent: <www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-7581> (consulta: octubre 2022).

23. <www.ocu.org/vivienda-y-energia/calefaccion/consejos/ahorro-aislar-vivienda> (consulta: 8 gener 2024).

24. Segons el considerant 30 de la Recomanació (UE) 2023/2407 de la Comissió, del 20 d'octubre de 2023, sobre la pobresa energètica, els efectes positius de les renovacions d'edificis, en particular en les condicions de vida, es poden maximitzar mitjançant enfocaments integrats, participatius i relacionats amb els districtes, quan la renovació energètica en districtes en situació de pobresa energètica s'integra en programes més amplis d'inclusió social i regeneració urbana. Els incentius dividits poden ser un obstacle per a la renovació d'edificis, també perquè els llogaters no tenen les mateixes possibilitats que els propietaris d'habitatges pel que fa a la presa de decisions sobre la millora dels habitatges. Es produeixen quan els beneficis d'una transacció o inversió no beneficien directament l'agent que suporta els costos de la transacció o inversió.

25. Per exemple, l'Estratègia Nacional Contra la Pobresa Energètica preveu en el seu eix III (crear un canvi estructural per a la reducció de la pobresa energètica) la reducció del nombre de persones en situació de pobresa energètica (línia 6) mitjançant actuacions a mitjà termini com ara, entre d'altres, la subvenció per a les despeses de subministrament energètic al parc d'habitatge públic de lloguer social per a col·lectius especialment vulnerables (mesura 8). Vegeu *Estrategia nacional contra la pobreza energética (2019-2024)*, p. 10.

26. Així es té en compte en el Reial decret llei 15/2018, del 5 d'octubre, de mesures urgents per a la transició energètica i la protecció dels consumidors; BOE, núm. 242 (6 octubre 2018), <www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-13593-consolidado.pdf>, <<https://www.ocu.org/vivienda-y-energia/calefaccion/consejos/ahorro-aislar-vivienda>> (consulta: 8 gener 2024).

27. Maria Teresa COSTA-CAMPI, Elisenda JOVÉ-LLOPIS i Elisa TRUJILLO-BAUTE, *La pobreza energética en España: Aproximación desde una perspectiva de ingresos*, Madrid, Fundación Naturgy, 2019, p. 33 i 42 i seg. Vegeu l'estudi a: <https://ieb.ub.edu/wp-content/uploa ds/2020/02/Estudio-pobreza-energetica_ieb-ub_fundacion-naturgy.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

l'habitatge (ubicació, antiguitat, tipus de construcció i mida); *b*) les característiques de la llar (unipersonal, monoparental o d'edat avançada); *c*) els ingressos i la riquesa de les persones que viuen a l'habitatge (situació laboral, nivell educatiu i règim de tinença), i, finalment, *d*) les condicions climàtiques (calor extrem, fred extrem). L'estudi també posa de manifest les variables que poden incidir, més que d'altres, en la pobresa energètica de l'habitatge i conclou que una persona que està a l'atur, una persona sense educació superior, una llar monoparental i una llar unifamiliar tenen més probabilitats de trobar-se en un context de pobresa energètica —estretament vinculat, doncs, al nivell d'ingressos de la llar.²⁸

A Catalunya, la legislació diferencia la pobresa energètica de la situació de vulnerabilitat d'una persona. La *pobresa energètica* es defineix com la «incapacitat d'una llar per a satisfer el mínim de serveis energètics i, d'aquesta manera, garantir les necessitats bàsiques tot tenint en compte els factors personals, geogràfics i materials que hi concorren» (art. 111-2v del Codi de consum de Catalunya [d'ara endavant, CConsCat]). Les persones en situació de vulnerabilitat econòmica són «persones consumidores que presenten una mancança de recursos econòmics» quan, entre altres supòsits, «el total d'ingressos dels membres de la unitat familiar o convivencial no sigui en cap cas superior, per tots els conceptes, a 1,5 vegades l'indicador de renda de suficiència», incrementat pels conceptes taxats (art. 111-2w CConsCat).²⁹ L'Organització Mundial de la Salut (OMS) ja assenyalava en un informe del 2007³⁰ que

28. Sobre la incidència de les polítiques públiques universals o específiques per a pal·liar la pobresa energètica, vegeu Maria Teresa COSTA-CAMPI, Elisenda JOVÉ-LLOPIS i Elisa TRUJILLO-BAUTE, *La pobreza energética en España*, p. 72.

29. Els conceptes són:

1r.a. Un 30 % per cada membre de la unitat a partir del tercer.

1r.b. Un 10 % per cada membre de la unitat en situació de dependència moderada.

1r.c. Un 20 % per cada membre de la unitat en situació de dependència severa.

1r.d. Un 30 % per cada membre de la unitat en situació de gran dependència.

1r.e. Un 10 % per cada membre de la unitat de seixanta-cinc anys o més.

Per a determinar si se supera aquest límit, cal afegir els ingressos que els membres de la unitat familiar rebin en concepte de percepcions o ajudes socials.

2n. Que es declari que no es pot reduir la despesa relativa al consum de béns o serveis perquè s'han esgotat totes les mesures amb aquesta finalitat.

3r. Que s'acrediti que les tarifes que tenen contractades per al servei de subministrament d'aigua, electricitat o gas responen a la modalitat de tarifa social establerta per la normativa aplicable.

30. Aquesta afirmació es troba en l'estudi fet per l'OMS amb el propòsit de conèixer l'impacte de les baixes temperatures en la salut en deu països europeus. Les morts provocades per l'excés de fred a l'hivern estan relacionades de manera significativa amb les característiques de l'habitatge.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Housing, energy and thermal comfort: A review of 10 countries with the WHO European Region*, Copenhagen, WHO Regional Of-

el terme *pobresa de combustible* no significa necessàriament que una llar sigui pobre en el sentit tradicional, i suggeria considerar una definició que es basés menys en el concepte de *pobresa* i se centrés més en la llar. L'OMS argumentava que el principal factor de risc és l'habitatge inadequat i que la pobresa energètica ha de ser vista com la conseqüència d'això, no pas com la causa.

La detecció³¹ de les situacions de pobresa energètica i de vulnerabilitat és primordial, ja que les mesures econòmiques de suport poden ser diferents segons quina sigui la situació.

3. ELS CONFLICTES EN LA REHABILITACIÓ EDIFICATÒRIA I ELS MECANISMES DE RESOLUCIÓ ALTERNATIVA DE CONFLICTES

Aquesta vulnerabilitat pot aparèixer en una persona propietària d'un element privatiu d'un edifici residencial organitzat en règim de propietat horitzontal. Aquesta transició perquè l'immoble sigui energèticament sostenible requereix, com hem indicat, fer diferents modificacions que afecten materials o aparells (com les finestres, les calderes o els electrodomèstics), però també —i amb una gran transcendència econòmica— en els elements comuns, com ara els murs, les parets o les cobertes de l'edifici —fonamentalment, per aïllar-los tèrmicament—. La rehabilitació dels elements comuns de l'edifici, com els estructurals esmentats, es pot veure dificultada amb la negativa al canvi dels propietaris dels elements privatis, expressada amb el seu vot en contra en la junta de la comunitat. Conscient el legislador de la rellevància d'aquesta qüestió, la Llei espanyola 49/1960, del 21 de juliol, sobre propietat horitzontal (LPH), ha estat modificada en dues ocasions en menys d'un any per a afavorir la presa de decisions consensuada de la comunitat de propietaris davant de la rehabilitació de l'edifici.

La primera modificació va arribar amb el Reial decret llei 19/2021, del 5 d'octubre, de mesures urgents per a impulsar l'activitat de rehabilitació edificatòria en el context del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència,³² que va afegir un nou

fic for Europe, 2007, p. 4 i 10. Vegeu: <<https://iris.who.int/handle/10665/107815?locale-attribute=ca&>> (consulta: 8 gener 2024).

31. La rellevància de detectar les situacions de pobresa energètica queda palesa, novament, en l'Estratègia Nacional Contra la Pobresa Energètica. Entre les mesures que s'inclouen en l'eix iv de l'Estratègia, destinat a protegir els consumidors, hi ha la número 12, que té per objectiu elaborar un protocol per a identificar situacions de pobresa energètica per part dels professionals d'atenció primària. *Estratègia nacional contra la pobresa energètica (2019-2024)*, p. 11.

32. BOE, núm. 239 (6 octubre 2021), <www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-16230>. Aquesta norma va ser derogada tàcitament per la Llei 10/2022. Vegeu: <www.boe.es/bu s car/doc.php?

apartat a l'article 17.2 LPH per a incorporar el règim de les votacions dels propietaris per al cas que s'hagin de fer obres o actuacions que contribueixin a la millora de l'eficiència energètica acreditables a través del certificat d'eficiència energètica de l'edifici o la implantació de fonts d'energia renovable d'ús comú, així com la sol·licitud d'ajuts i subvencions, préstecs o qualsevol tipus de finançament per part de la comunitat de propietaris a entitats públiques o privades per a la realització d'aquestes obres o actuacions. Per a això es requereix el vot favorable de la majoria dels propietaris, que, al seu torn, han de representar la majoria simple de les quotes de participació, sempre que el seu cost repercutit anualment, una vegada descomptades les subvencions o ajudes públiques i aplicat, si escau, el finançament, no superi la quantia de nou mensualitats ordinàries de despeses comunes.

La segona modificació, introduïda uns mesos després per la Llei 10/2022, del 14 de juny,³³ de mesures urgents per a impulsar l'activitat de rehabilitació edificatòria en el context del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència (d'ara endavant, LMUREPRTR),³⁴ norma que convalida l'esmentat Reial decret llei 19/2021, canvia la quantia de les mensualitats ordinàries de despeses comunes i n'eleva el nombre a dotze en lloc de les nou establertes pel Reial decret llei 19/2021. A més, s'estableix un règim de majoria simple per a la realització de les obres de rehabilitació que contribueixin a millorar l'eficiència energètica de l'edifici, per a la implantació de fonts d'energia renovable d'ús comú i per a la sol·licitud d'ajuts i finançament per al seu desenvolupament (preàmbul, ap. iv, LMUREPRTR i art. 17.2, par. 3, LPH).

A Catalunya, l'adopció d'acords per a la modificació dels elements de l'edifici en les comunitats de propietaris es regula en els articles 553-25 i 553-25 bis del Codi civil de Catalunya (d'ara endavant, CCCat), que van ser redactats en dues lleis de modificació d'aquest cos legal, del 2021³⁵ i el 2022.³⁶

id=BOE-A-2022-9838> (consulta: 8 gener 2024).

33. Com hem indicat, aquesta llei va substituir tàcitament el Reial decret llei 19/2021. Vegeu <www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-9838> (consulta: 8 gener 2024).

34. BOE, núm. 142 (15 juny 2022). Es pot consultar a: <www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-9838> (consulta: 8 gener 2024).

35. Article 553-25 CCCat, redactat pel número 1 de l'article únic del Decret llei 28/2021, del 21 de desembre, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, a fi d'incorporar la regulació de les instal·lacions per a la millora de l'eficiència energètica o hídrica i dels sistemes d'energies renovables als edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal, i de modificació del Decret llei 10/2020, del 27 de març, pel qual s'estableixen noves mesures extraordinàries per a fer front a l'impacte sanitari, econòmic i social de la covid-19, en l'àmbit de les persones jurídiques de dret privat subjectes a les disposicions del dret civil català. Publicat en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), núm. 8568 (23 desembre 2021), i en el BOE, núm. 44 (21 febrer 2022). Vegeu: <www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-2707> (consulta: 8 gener 2024).

36. Article 553-25 bis CCCat, introduït per l'article 1 de la Llei 5/2015, del 13 maig, amb la nova redacció donada per la disposició addicional tercera de la Llei 11/2022, del 29 de desembre, de millora

Per a assolir un consens que afavoreixi aquesta transició i preservi la pau en la comunitat de propietaris d'un edifici, els mitjans de resolució alternativa de conflictes (en anglès, *alternative dispute resolution*, ADR) de consens, autocompositius, són els procediments adequats per a complir amb els ODS de l'ONU.

Per a començar, entre tots els mecanismes ADR esmentarem la mediació. La mediació pot ser el procediment idoni per a intervenir en les reunions de la comunitat de propietaris quan s'han de gestionar els diferents interessos que conflueixen en la rehabilitació energètica. Ja el 2018 els mitjans de comunicació es van fer ressò dels conflictes que es van crear arran de la rehabilitació dels edificis del centre de Bilbao (País Basc).³⁷ També en aquests conflictes concrets que genera la transició energètica la mediació pot ser el procediment idoni per a gestionar aquesta situació de vulnerabilitats econòmiques i derivades de la relació de consum. Aquest procediment pot permetre, en primer lloc, detectar les possibles situacions de vulnerabilitat entre els propietaris. En les reunions prèvies o en les sessions individuals amb els titulars dels elements privatis (habitatges o locals de negoci), la persona mediadora pot detectar situacions de vulnerabilitat que potser no es manifestarien en sessions conjuntes, davant de tots els veïns. Algunes persones tenen pudor de posar de manifest determinades situacions professionals o personals, com ara una situació econòmica precària, actitud que es tradueix a no poder fer front a les despeses de la comunitat de propietaris i encara menys quan són perquè l'edifici sigui energèticament eficient, i potser emmascaren la situació i es neguen a pagar-les per aspectes tècnics de l'obra, per exemple. En segon lloc, i com se sap, la mediació afavoreix que es creï un espai de diàleg i de comunicació entre els propietaris perquè puguin expressar els seus interessos, necessitats i³⁸ preocupacions, i treballar de manera col·laborativa, valorant les opcions i alternatives, per a assolir una solució satisfactòria per a tothom i aconseguir un consens tenint present l'objectiu de l'eficiència energètica. En tercer lloc, la flexibilitat del procediment permet que la persona mediadora pugui anar acompanyada d'un tècnic especialista en la matèria que pot donar resposta a les qüestions i dubtes que puguin plantejar-se

urbana, ambiental i social dels barris i viles. Publicat en el DOGC, núm. 8823 (30 desembre 2022), i en el BOE, núm. 32 (7 febrer 2023). Vegeu: <www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-3125> (consulta: 8 gener 2024).

37. Quaranta-un edificis de Bilbao La Vieja, Atxuri i Casco Viejo van gestionar el 2018 els conflictes dels veïns que n'impedien la rehabilitació i la conservació amb la intervenció de persones mediadores, administradores de finques amb formació en mediació. En la premsa destaca la notícia d'un edifici amb un elevat percentatge de morositat en les quotes i l'actualització del qual va servir per a emprendre el trànsit a la rehabilitació de l'edifici. Vegeu: <www.deia.eus/bilbao/2018/03/08/mediacion-professional-desbloquea-conflictos-vecinales-4879282.html> (consulta: 8 gener 2024).

38. Per a empoderar cadascun dels propietaris en la línia del considerant 125 de la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de setembre de 2023, relativa a l'eficiència energètica i per la qual es modifica el Reglament (UE) 2023/955 (versió refosa).

en l'elecció de la mesura energètica i en els efectes de les obres futures;³⁹ també pot ser útil per a fer front a les eventualitats que poden sorgir al llarg de l'execució de l'obra, en aquest cas, en un procés entre la comunitat de propietaris i l'empresa o les empreses que fan les tasques d'adaptació o rehabilitació de l'habitatge. I, en aquest mateix sentit, la mediació pot ser el procés on gestionar els problemes que sorgeixin un cop acabada l'obra, fet el servei o adquirit el bé de què es tracti. En aquest context, tots els ciutadans són consumidors⁴⁰ i si l'empresa que presta el servei o la que ha venut el bé està adherida al sistema arbitral de consum, que a Espanya inclou una fase de mediació, disposem, doncs, d'un sistema híbrid a través del qual es pot gestionar extrajudicialment de manera ràpida i àgil la controvèrsia en les relacions de consum, previst en els articles 57 i següents TRLGDCU i en el Codi de consum de Catalunya (art. 131-1, 132-1 i seg. —mediació— i 133-1 i seg. —arbitratge—) i regulat en el Reial decret 231/2008, del 15 de febrer, pel qual es regula el sistema arbitral de consum.⁴¹ Les comunitats autònomes són les que han de desenvolupar legislativament la fase de mediació (en el cas de Catalunya, en el Decret 98/2014, del 8 de juliol, sobre el procediment de mediació en les relacions de consum).

Tenint en compte, precisament, aquest caràcter tècnic de l'obra i el servei, també altres ADR (o MASC)⁴² poden ser útils per a la gestió dels conflictes que puguin sorgir durant l'execució de les obres o bé després. Parlem, per exemple, de l'opinió d'un expert independent. Les parts poden designar de mutu acord un expert independent perquè emeti una opinió no vinculant respecte a la matèria objecte de conflicte. En cas de recórrer a aquest expert, òbviament, les parts estaran obligades a lliurar-li tota la informació i les proves de què disposin sobre l'objecte controvertit. L'expert emetrà un dictamen, una opinió, que no és vinculant per a les parts. Sobre aquesta opinió, les

39. L'any 2016 un aparellador amb formació en mediació va gestionar el conflicte econòmic i de les qualitats que es va plantejar entre una comunitat de propietaris d'un edifici plurifamiliar i l'empresa encarregada de les tasques de rehabilitació de la façana i la coberta de l'edifici de la comunitat. Vuit sessions van ser suficients perquè les parts arribessin a un acord de solució satisfactori. Vegeu la notícia de premsa a l'enllaç següent: <www.activatie.org/www.tuedificioenforma.es/web_contenido2.php?id=1011&tipo=Publicacions> (consulta: 8 gener 2024).

40. Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, «Más madera... legislativa: una nueva vuelta al consumidor vulnerable. Y vulnerables somos todos (Notas sobre Ley 4/2022, de 25 de febrero. Adopta medidas urgentes para hacer frente a determinadas situaciones de vulnerabilidad que afectan a las personas consumidoras y usuarias)», *Centro de Estudios de Consumo: Publicaciones Jurídicas* (en línia), 22 de març de 2022. Vegeu: <<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/5638-m%C3%A1s-fusta-%E280%A6legislativa-una-nova-vuelta-al-consumidor-vulnerable-y-vulnerables-som-tots>> (consulta: 8 gener 2024).

41. <www.boe.es/boe/dias/2008/02/25/pdfs/A11072-11086.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

42. MASC és l'acrònim de «mitjans adequats en la solució de controvèrsies» en la terminologia del Projecte de llei espanyol de mesures d'eficiència processal del servei públic de justícia (d'ara endavant, PLMEP), publicat en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* del 22 d'abril de 2022, que va decaure amb la convocatòria d'eleccions generals el maig del 2023. Vegeu el Projecte de llei a: <www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF> (consulta: 8 gener 2024).

parts disposaran d'un termini per a fer recomanacions, observacions o propostes de millora a l'efecte d'assolir un consens sobre la base de l'opinió escrita proposada per aquest expert.

4. CONSIDERACIONS FINALS

La complexitat d'aquesta transició energètica és manifesta. Totes les administracions (estatal o central,⁴³ autonòmica⁴⁴ i local⁴⁵) treballen per a aportar la informació i els serveis necessaris perquè pugui desenvolupar-se. Algunes d'aquestes administracions preveuen de manera expressa la seva intervenció en el marc de convenis amb les comunitats de propietaris i ofereixen la mediació com a recurs per a la gestió dels conflictes que es puguin plantejar. És el cas del Consorci de l'Habitatge de l'Ajuntament de Barcelona, que, entre una pluralitat extensa d'actuacions, com ara el suport a la comunitat en els acords necessaris per a poder rehabilitar de manera efectiva l'edifici, també inclou, entre altres recursos, l'assessorament i la mediació a la comunitat de propietaris per a establir mecanismes de solució dels conflictes en casos de situacions anòmales d'habitatge, de morositat, d'oposició a l'execució de les obres i de propietaris no localitzables.⁴⁶ L'impuls de l'Administració perquè els ciutadans gestionin els conflictes que poden sorgir en aquest context es fa palès amb la inclusió de normes que els recordin que tenen aquesta opció al seu abast. Per exemple, la reclamació de les despeses de la comunitat i del fons de reserva, o qualsevol qüestió relacionada amb l'obligació de contribuir-hi, també podran ser objecte de mediació, conciliació o arbitratge, d'acord amb la legislació aplicable (art. 21.6 LPH),⁴⁷ mecanismes que en

43. Per part del Ministeri de Transports, Mobilitat i Agenda Urbana, vegeu: <www.mitma.gob.es/ministerio/proyectos-singulares/prtr/vivienda-y-agenda-urbana/programa-de-ayudas-para-la-rehabilitacion-integral-d-edificios-residenciales-i-habitatges> (consulta: 8 gener 2024).

44. Per exemple, a la comunitat autònoma de Catalunya, la Generalitat de Catalunya n'informa a: <[https://habitatge.gencat.cat/ca/ambits/Ajuts-europeus-per-a-la-millora-de-leficiencia-energetica-dels-habitatges/index.html#googtrans\(calés\)](https://habitatge.gencat.cat/ca/ambits/Ajuts-europeus-per-a-la-millora-de-leficiencia-energetica-dels-habitatges/index.html#googtrans(calés))> (consulta: 8 gener 2024).

45. És el cas de l'Ajuntament de Barcelona. Vegeu: <www.habitatge.barcelona.es/servicios-ayudas/rehabilitacion/rehabilitar-es-estallar-amb-los-fondos-nextgen>. Ofereix la seva informació també a la seu electrònica: <<https://seuelectronica.ajuntament.barcelona.cat/oficinavirtual/ca/tramit/20220001543>> (consulta: 8 gener 2024).

46. Vegeu-ho en l'anunci de la convocatòria per a l'any 2021 d'ajuts a la rehabilitació a la ciutat de Barcelona per a persones propietàries que es trobin en situació de vulnerabilitat en els edificis d'ús residencial en l'àmbit del Pla de Barris (ref. BDNS 574940): <https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/122646/1/Subvencions_Rehab_Habit_PlaBarris_2021.pdf> (consulta: 8 gener 2024).

47. Aquest article 21 de la Llei de propietat horitzontal, que inclou aquest apartat 6 sobre mediació, conciliació i arbitratge, ha estat redactat segons el que disposa l'article 2.3 de la Llei 10/2022, del 14 de juny, de mesures urgents per a impulsar l'activitat de rehabilitació edificatòria en el context del Pla de Recuperaació, Transformació i Resiliència.

el dret civil català es poden incardinar en una clàusula estatutària de la comunitat de propietaris per a la gestió dels conflictes.

BIBLIOGRAFIA

- BELLOSO MARTÍN, Nuria. «Un intento de fundamentar derechos de los no-humanos (derechos de la naturaleza) a partir del desarrollo sostenible». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 13, núm. 1 (2022), p. 1-46, <<https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/404067/497840>> (consulta: 8 gener 2024).
- COSTA-CAMPI, María Teresa; JOVÉ-LLOPIS, Elisenda; TRUJILLO-BAUTE, Elisa. *La pobreza energética en España: Aproximación desde una perspectiva de ingresos*. Madrid: Fundación Naturgy, 2019.
- FERNÁNDEZ DE GATTA-SÁNCHEZ, Dionisio. «El ambicioso Pacto Verde europeo». *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101 (12 mayo 2020), p. 78-109.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. «La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra la pobreza energética: provisiones comunitarias e insuficiente regulación interna española». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45 (2013), p. 577-605.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis. «La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, any 8, núm. 17 (gener-abril 2004), p. 47-81.
- HUALDE MANSO, Teresa. *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*. Madrid: Dykinson, 2016.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Más madera... legislativa: una nueva vuelta al consumidor vulnerable. Y vulnerables somos todos (Notas sobre la Ley 4/2022, de 25 de febrero. Adopta medidas urgentes para hacer frente a determinadas situaciones de vulnerabilidad que afectan a las personas consumidoras y usuarias)». *Centro de Estudios de Consumo: Publicaciones Jurídicas* [en línia], 22 de març 2022, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mas_madera_legislativa_una_nueva_vuelta_al_consumidor_vulnerable_pdfp.1-12> [consulta: 8 gener 2024].
- MUT PIÑA, Antoni. «La vulnerabilidad en las relaciones de consumo y los deberes de información: un análisis empírico». A: MAYOR DEL HOYO, M. Victoria; SALAS MURILLO, Sofía de (dir.). *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 221-244.

EL PRINCIPI DE LEGALITAT EN VISTA DE L'ARBITRATGE DE CONSUM: MÚSICA CELESTIAL?¹

Rosa Barceló Compte

Professora lectora de dret civil (Universitat de Barcelona)

Yaiza Moreno Castro

Investigadora predoctoral (Universitat de Barcelona)

Resum

El treball analitza el principi de legalitat establert per la Directiva 2013/11/UE, del Parlament Europeu i del Consell, del 21 de maig de 2013, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum, en el marc del procediment alternatiu que imposa una solució: l'arbitratge. Per una banda, s'examina l'àmbit d'aplicació d'aquesta directiva i es qüestiona la funció jurisdiccional atribuïda a l'arbitratge. Per l'altra, s'estudia fins a quin punt es pot garantir aquest principi en l'àmbit de l'arbitratge de consum, especialment en el marc del procediment d'execució i de l'acció d'anul·lació. En darrer terme, s'aborda l'observació feta de la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) dels darrers cinc anys (2018-2023) en matèria d'accions d'anul·lació contra laudes arbitrals.

Paraules clau: arbitratge, dret de consum, principi de legalitat, acció d'anul·lació, ordre públic.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ARBITRAJE DE CONSUMO: ¿MÚSICA CELESTIAL?

Resumen

El trabajo analiza el principio de legalidad establecido por la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en el marco del procedimiento que impone una solución: el arbitraje. Por un lado, se examina el ámbito de aplicación de esta directiva y se cuestiona la función jurisdiccional atribuida al arbitraje. Por otro lado, se estudia hasta qué punto se puede

1. Aquest treball forma part de les activitats del Grup de Dret Civil Català UB (SGR 347) i de la Càtedra UB ACdC d'Estudis de Consum i Resolució Alternativa de Litigis.

garantizar este principio en el ámbito del arbitraje de consumo, especialmente en el marco del procedimiento de ejecución y la acción de anulación. En último término, se aborda la observación hecha de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de los últimos cinco años (2018-2023) en materia de acciones de anulación contra laudos arbitrales.

Palabras clave: arbitraje, derecho de consumo, principio de legalidad, acción de anulación, orden público.

LEGALITY PRINCIPLE BELOW THE LIGHT OF CONSUMER ARBITRAL: CELESTIAL MUSIC?

Abstract

The article analyzes the principle of legality established by Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council, dated May 21, 2013, regarding alternative dispute resolution in consumer matters within the framework of the procedure with the imposition of a solution: arbitration. On the one hand, the scope of application of this directive is examined, and the judicial function attributed to arbitration is questioned. On the other hand, it is studied to what extent this principle can be ensured in the field of consumer arbitration, especially within the framework of the enforcement procedure and annulment action. Ultimately, the article addresses the observation made of the jurisprudence of the Superior Court of Justice of Catalonia over the last five years (2018-2023) regarding annulment actions against arbitral awards.

Keywords: arbitration, consumer Law, legality requirement, annulment action, public order.

1. INTRODUCCIÓ

L'efectivitat en la protecció de les persones consumidores s'ha de relacionar amb la promoció de la resolució alternativa de litigis. Aquesta efectivitat s'obté sovint a través de la desjudicialització de les reclamacions i al·ludeix, principalment, a l'accés a mitjans àgils, ràpids i gratuïts de resolució de conflictes. La protecció de les persones consumidores no s'ha d'entendre només des del punt de vista substantiu (per exemple, el reconeixement que fa la norma dels terminis o períodes de garantia en la compravenda de béns), sinó que cal considerar-ne també l'aspecte procedimental: l'eficàcia del mecanisme que s'emptra per a fer efectius aquells drets substantius. De tots els procediments alternatius de resolució de controvèrsies, només l'arbitratge permet la imposició d'una solució vinculant. L'objectiu d'aquest article és analitzar la compatibilitat d'aquest procediment alternatiu (en matèria de dret de consum) i el principi de legalitat que emana de la Directiva 2013/11/UE, del Parlament Europeu i del Consell, del 21 de maig de 2013, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum (d'ara endavant, Directiva RAL) i que estableix la necessitat de respectar les normes imperatives en matèria de drets dels consumidors quan el resultat del procediment sigui vinculant. L'article examina si la garantia d'aquest principi és compatible amb l'eficàcia de cosa jutjada que té el laude (que implica la impossibilitat de revisió judicial). És a dir, la qüestió que ens plantejem és si existeix algun mecanisme que permeti validar el principi de legalitat en els laudes dictats en matèria de consum.

2. EL PRINCIPI DE LEGALITAT DE L'ARTICLE 11 DE LA DIRECTIVA RAL: LITIGIS NACIONALS I LITIGIS TRANSFRONTERERS

L'article 11 de la Directiva RAL estableix, en el primer apartat, que els estats membres han de vetllar perquè en els procediments de resolució alternativa de conflictes que tinguin com a objectiu resoldre un litigi mitjançant una solució que vinculi el consumidor, quan no existeixi conflicte de lleis, la solució imposada no privi el consumidor de la protecció que li proporcionin aquelles disposicions que no es puguin excloure mitjançant un acord en virtut de la llei de l'estat membre on el consumidor i el comerciant tinguin la residència habitual.² Aquest article, doncs, planteja

2. En un sentit similar s'expressa l'article 16 de la Llei 7/2017, del 2 de novembre, que incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva RAL. El dit article diu: «En els procediments amb resultat vinculant per al consumidor: a) Si el litigi té caràcter nacional, la solució imposada per l'entitat de resolució alternativa no pot privar el consumidor de la protecció que li proporcionin les normes imperatives o que no es puguin excloure mitjançant un acord en virtut de la legislació espanyola» (la traducció és nostra).

la necessitat de respectar les normes imperatives de protecció del consumidor en els supòsits en què no existeixi conflicte de lleis.³

La disposició també planteja, en els apartats segon i tercer, quines són les opcions si existeix un conflicte de lleis: si la llei aplicable es determina de conformitat amb els apartats 1 i 2 de l'article 6 del Reglament 593/2008, del 17 de juny, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (d'ara endavant, Reglament Roma I),⁴ o bé d'acord amb els apartats 1 a 3 de l'article 5 del Conveni de Roma del 19 de juny de 1980 (conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals),⁵ la solució tampoc no pot privar el consumidor de la protecció que li proporcionen les disposicions que no es puguin excloure mitjançant un acord en virtut de la llei de l'estat membre on el consumidor tingui la residència habitual.⁶ Ens centrarem en el segon apartat del dit article,⁷ és a dir, en el supòsit en què la llei aplicable es determini a través del Reglament Roma I.⁸

3. *Vegeu Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer alternative dispute resolution (ADR)* (JUST/2020/CONS/FW/CO03/0196), 2022, p. 90. En relació amb els antecedents d'aquest article, vegeu també Marte KNIGGE i Charlotte PAVILLON, «The legality requirement of the ADR Directive: just another paper tiger?», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, núm. 4 (2016), p. 155.

4. OJ L 177.

5. OJ C 27.

6. Sobre el sentit del principi de legalitat, diu Helena Díez GARCÍA, «Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo», a Silvia DÍAZ ALABART i Cristina FUENTESECA DEGENEFÉ (coord.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR: Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) Núm. 524/2013*, Madrid, Reus, 2017, p. 203: «[...] quizás, simplemente, el legislador europeo, al imponer el principio de legalidad en este tipo de procedimientos RAL, estaba pensando en que resulta chocante paradójico y seguramente ineficiente el establecer un completo arsenal jurídico destinado a la protección del consumidor para luego autorizar que en los procedimientos RAL éste no se respete admitiendo que su decisión pueda privarle de la tutela consagrada legítimamente cuando, además, la solución viene impuesta por un tercero».

7. El Reglament Roma I s'aplica, des del 17 de desembre de 2009, a tots els estats membres (a excepció de Dinamarca) i recull bona part del text del Conveni de Roma. En relació amb el trànsit del Conveni de Roma i el Reglament Roma I, vegeu, amb caràcter general, Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2 (octubre 2009), p. 52-133.

8. El considerant 44 de la Directiva tampoc no sedassa del tot la interpretació que cal fer d'aquesta disposició, ja que es limita a reproduir el que consta en la redacció final de l'article. Així, assenyala que «los apartados b) y c) logran garantizar la aplicación de las normas imperativas de la ley del país de la residencia habitual del consumidor cuando la ley aplicable al contrato de compraventa o de servicios se determina con arreglo al artículo 6, apartados 1 y 2 del Reglamento Roma I, y con arreglo al artículo 5, apartados 1 a 3 del Convenio de Roma».

2.1. SOBRE LA LLEI APLICABLE EN ELS CONTRACTES DE CONSUM I EN EL MARC DEL REGLAMENT ROMA I

En el context del Reglament Roma I, observem que la disposició de l'article 6 incorpora dues exigències per a fer aplicable la llei de l'estat on el consumidor tingui la residència habitual: que el professional exerceixi les seves activitats comercials o professionals en el país on el consumidor tingui la residència habitual o bé que dirigeixi aquelles activitats a aquell país o a diferents països, incloent-hi el de la residència habitual del consumidor.⁹ Aquestes disposicions seran aplicables, doncs, en els supòsits de consumidors passius,¹⁰ en què caldrà respectar (cfr. art. 11. 2 Directiva RAL), llavors, les normes imperatives del país de la residència habitual del consumidor (art. 6.2 Reglament Roma I en relació amb l'art. 6.1 del mateix reglament).¹¹ Si una empresa dirigeix la seva activitat a diferents estats, haurà de respectar diverses normes imperatives de protecció del consumidor.

En els altres supòsits, la llei aplicable serà la del país on l'empresari tingui la residència habitual o la llei que hagin escollit les parts (art. 3, 4 i 6.4 Reglament Roma I).¹² En relació amb la llei escollida, cal tenir present que, en virtut del que recullen els articles 3.3 i 4 i 6.2 del Reglament Roma I, poden resultar aplicables, també,

9. Fernando ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Perspectiva europea y española», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 25 (2017), p. 211-215.

10. Diu Fernando ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de derecho internacional privado», *Revista Doctrinal Avanzada Civil-Mercantil*, núm. 2/2009, p. 5, que «según la filosofía en que se basan ambos textos, el consumidor pasivo es el que contrata en el mercado donde tiene su residencia habitual y, por lo tanto, no puede prever que el contrato quede regido por el derecho de un país diferente y ello porque ha sido el empresario co-contratante quien ha orientado su actividad comercial hacia dicho país (ha dirigido una oferta al consumidor o bien publicidad hacia su mercado)».

11. A més, aquí cal tenir present la remissió directa que fa el Reglament Roma I per als supòsits d'estats plurilegislatius: l'article 22.1 estableix que quan un estat estigui format per diverses unitats territorials i cadascuna d'elles tingui les seves pròpies normes jurídiques en matèria d'obligacions contractuals, cada unitat territorial es considerarà com un país a l'efecte de determinar la llei aplicable. Aquest article serà rellevant si el litigi es relaciona amb un supòsit de manca de conformitat del contracte (ja sia en relació amb un contracte de compravenda de béns, ja sia amb un de subministrament de continguts o serveis digitals). Cfr. M. Esperança GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales. Especial referencia a la incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 por el legislador catalán», a Lúdia ARNAU RAVENTÓS (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 168.

12. Sobre l'evolució del sistema de llei aplicable en els contractes de consum, vegeu Fernando ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española», a Fernando ESTEBAN DE LA ROSA (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América: Una perspectiva de derecho internacional, europeo y comparado*, València, Tirant lo Blanch, 2015, p. 83 i seg.

disposicions d'una altra llei que no es puguin excloure.¹³ Per tant, de la lectura del precepte es dedueix que, quan no sigui aplicable la llei de l'estat on el consumidor tingui la residència habitual (ja que no es tracta d'un consumidor passiu ni tampoc s'ha escollit aquesta llei en virtut de l'article 3 del Reglament Roma I, amb els matisos que incorporen els seus apartats 3 i 4), la llei aplicable s'ha de determinar de conformitat amb l'article 4 del Reglament Roma I i menarà cap a la llei de l'estat on l'empresari tingui la residència habitual (en el cas del contracte de compravenda de béns, art. 4.1a, i en relació amb el de prestació de serveis, art. 4.1b).¹⁴ Per tant, únicament en aquests darrers casos la solució (en el marc d'un procediment amb resultat vinculant) no hauria de respectar les normes imperatives de protecció del consumidor de l'estat on aquest tingui la residència habitual.^{15,16}

2.2. ÀMBIT D'APLICACIÓ DE L'ARTICLE 11 DE LA DIRECTIVA RAL: CONFLICTES DOMÈSTICS I TRANSFRONTERERS AMB SOLUCIÓ VINCULANT

Una qüestió irremissiblement plantejada per aquest article 11 de la Directiva RAL és l'àmbit d'aplicació que té: els procediments que tinguin com a objectiu re-

13. La idea és garantir al consumidor la posició que li sigui més favorable. Sobre els pactes d'elecció de la llei aplicable en la contractació de consum, vegeu Fernando ESTEBAN DE LA ROSA, «La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española», p. 81 i seg.

14. Fernando ESTEBAN DE LA ROSA i Pablo CORTÉS, «Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», a Fernando ESTEBAN DE LA ROSA (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, p. 516, afirmen:

[...] es preciso recordar que estas disposiciones solo son de aplicación cuando estamos en presencia de un consumidor de los denominados «pasivos», y no cuando estamos en el supuesto de un consumidor activo. Si por cualquier circunstancia el contrato de consumo queda sometido a la ley del país europeo del vendedor, de acuerdo con la redacción del artículo 11 de la Directiva, parecería que no será preciso aplicar el principio de legalidad. En este sentido, cabe recordar simplemente que el Reglamento Roma I ha incluido un nuevo apartado cuarto en el artículo 3 con el propósito de garantizar la aplicación del derecho europeo cuando el contrato presenta todos los puntos de contacto con países miembros de la Unión Europea. Y, por otra parte, son numerosas las directivas que contienen delimitadores espaciales de aplicación que las normas estatales tienen también en cuenta, cuya vigencia en la actualidad no resulta difícil de afirmar.

15. Fernando ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1 (2017), p. 135.

16. A més, cal fer notar que l'òrgan de RAL d'un estat membre pot tenir dificultats si ha d'aplicar les normes imperatives del dret contractual de consum d'un altre estat membre; cfr. *Recommendations from academic research*, p. 91.

soldre un litigi mitjançant una solució vinculant (s'exclou, doncs, la mediació perquè és un procediment en què la solució es projecta, no s'imposa). Així doncs i en conseqüència, en un procediment de resolució alternativa de litigis (RAL) no vinculant, la solució que obtingui la persona consumidora pot ser més perjudicial que la que hauria pogut obtenir si hagués optat per la via judicial.¹⁷ Pel que fa al resultat vinculant del laude arbitral, l'observem en el caràcter de cosa jutjada que li atorga la norma arbitral.¹⁸ Així, l'article 43 de la Llei 60/2003, del 23 de desembre, d'arbitratge (en endavant, LA),¹⁹ indica que el laude té eficàcia de cosa jutjada i que només és viable plantejar una acció d'anul·lació i, si escau, sol·licitar la revisió d'acord amb el que estableix la Llei d'enjudiciament civil (Llei 1/2000, del 7 de gener, d'enjudiciament civil; d'ara endavant, LEC). Per tant, la condició de cosa jutjada impossibilitarà que aquella qüestió resolta per la via arbitral es pugui plantejar davant dels tribunals. Així, tot i que es plantegi una acció d'anul·lació o de revisió del laude, aquest ja haurà produït efectes de cosa jutjada i, per tant, si no s'executa voluntàriament, se'n podrà instar l'execució (art. 44 LA i 517.2.2 LEC).²⁰

2.3. PRINCIPI DE LEGALITAT I DETERMINACIÓ DE L'ENTITAT RAL COMPETENT EN LITIGIS TRANSFRONTERERS

En el context de la determinació de la competència, en l'àmbit judicial i en un litigi transfronterer, l'article 18 del Reglament (UE) núm. 1215/2012, del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de desembre de 2012, relatiu a la competència judicial,

17. *Recommendations from academic research*, p. 92.

18. Marte KNIGGE i Charlotte PAVILLON, «The legality requirement of the ADR Directive: just another paper tiger?», p. 157, qüestionen aquest àmbit d'aplicació limitat:

[...] from the point of view of consumer protection and for the sake of consistency, an extension of Article 11 to all types of consumer ADR appears appropriate. The difference between binding ADR and non-binding ADR should in our opinion not be overemphasized. Even if the consumer is not bound by a decision, he might in practice often not have many other option but to accept it. As a matter of fact, the consumer is, as the weaker party, largely ignorant of his rights and hence he might not realize that the proposed solution breach mandatory law.

19. Llei 60/2003, del 23 de desembre, d'arbitratge (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 309 [26 desembre 2003]).

20. Aquesta eficàcia de cosa jutjada està plenament consolidada per la jurisprudència. Així, i a tall d'exemple, destaca la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 2/2019, del 14 de gener, que afirma que l'arbitratge permet obtenir una decisió que posi fi al conflicte amb tots els efectes de la cosa jutjada; Roj: STSJ CAT 1272/2019. Vegeu també, entre altres, les STSJC següents: del 15 de setembre de 2022 (Roj: STSJ CAT 8219/2022), del 31 de gener de 2022 (Roj: STSJ CAT 8219/2022) i del 19 d'abril de 2021 (Roj: STSJ CAT 8219/2022).

el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil (d'ara endavant, Reglament Brussel·les I Bis), ofereix al consumidor, quan actua com a demandant, la possibilitat d'interposar la demanda davant dels tribunals del seu propi domicili (*forum actoris*).²¹ En relació, però, amb la determinació de l'òrgan RAL competent, cal observar el que assenyala l'article 5.1 de la Directiva RAL.

A propòsit de la determinació de l'autoritat competent en el marc d'un procediment RAL, doncs, la dicció literal de l'article 5.1 de la Directiva RAL es pot qualificar de prolixa, ja que diu:

Los estados miembros facilitarán el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa y garantizarán que los litigios a los que se aplique la presente Directiva y en los que esté implicado un comerciante establecido en sus territorios respectivos puedan someterse a una entidad de resolución alternativa que cumpla los requisitos establecidos en la presente Directiva.

En la majoria dels casos, el que resol la controvèrsia plantejada sol ser un òrgan RAL del país on té la residència habitual l'empresa.²² Dificultats com ara el desconeixement de la llengua del procediment o el cost que cal assumir per a afrontar una traducció amb garanties poden desencoratjar el consumidor. Però és que, a més, cal recordar que l'article 11 de la Directiva imposa la necessitat que l'òrgan RAL respecti les normes imperatives (que no es puguin excloure mitjançant un acord) de l'estat on el consumidor tingui la residència habitual. S'observa que, altrament, l'apartat 4 de l'article 5 de la Directiva RAL permet a les entitats RAL negar-se a tramitar un procediment pels motius establerts en l'article. A tall d'exemple, podria negar-se si la tramitació del litigi podria comprometre greument el funcionament de l'entitat RAL (lletra f). Com constaten els informes d'aplicació de la Directiva RAL,²³ el nombre de litigis transfronterers resolt mitjançant un procediment RAL és molt baix. De fet, la plataforma de resolució alternativa de litigis en línia creada pel Reglament 524/2013, del Parlament Europeu i del Consell, del 21 de maig de 2013, sobre resolució de litigis

21. Vegeu, entre altres, Carmen María NORIEGA LINARES, «La determinación de la competencia judicial internacional en compraventa internacional. ¿Consumidor o no consumidor? He ahí la clave», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2 (octubre 2022), p. 1178-1190. La justificació d'aquesta norma especial de competència la trobem en el considerant 18 del Reglament Brussel·les I Bis: la protecció de la part feble de la relació contractual, la persona consumidora.

22. Vegeu *Commission staff working document impact assessment report accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/11/UE on alternative dispute resolution for consumer disputes, as well as directives (EU) 2015/2302, (EU) 2019/2161 and (EU) 2020/1828 (SWD (2023) 335 final)*, part 2/2, p. 16, i part 1, p. 21-22, on es constata que les empreses prefereixen utilitzar una entitat RAL del seu país.

23. *Commission staff working document impact assessment report*, part 2/2, p. 16.

en línia en matèria de consum (d'ara endavant, Reglament ODR), es va crear amb la finalitat de facilitar la resolució de litigis transfronterers relatius a les compravendes en línia. Tanmateix, la utilització d'aquesta plataforma ha estat escassa²⁴ i l'evolució que han tingut els sistemes privats de resolució de conflictes incorporats per les plataformes en línia n'ha frenat la utilització. La recent Proposta de Reglament presentada pel Parlament Europeu planteja derogar la plataforma (vegeu COM(2023) 647 final).

La qüestió dels litigis transfronterers²⁵ ha estat abordada per la Proposta de Directiva per la qual es modifica la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum (coneguda com a proposta de Directiva de revisió de la Directiva RAL), que preveu atribuir als organismes pertinents, i, en concret, als centres europeus del consumidor, una nova funció de suport per a assistir i orientar els consumidors en els litigis transfronterers (art. 1.3 de la Proposta).²⁶ Per altra banda i si bé la Proposta no ho esmenta, una solució que permetria salvar la determinació de l'entitat RAL competent seria seguir la línia de l'article 18.1 del Reglament Brussel·les I Bis, que avala, com hem dit, que siguin els tribunals de l'estat on resideix el consumidor els que resolguin el litigi que es planteja.

3. D'EQUIVALENT JURISDICCIONAL A ALTERNATIVA JURISDICCIONAL

L'arbitratge s'ha configurat tradicionalment com una alternativa a la jurisdicció ordinària i, des d'aquest punt de vista, s'ha dit que desenvolupa una funció assimilada a la jurisdiccional.²⁷ Tanmateix, aquesta equiparació ha estat matisada per la jurisprudència constitucional més recent. Ho veurem a continuació.

24. Menys del 2 % dels visitants utilitzen el formulari de reclamació posat a disposició per la plataforma als seus usuaris i el 80-85 % de les reclamacions queden sense resposta en la plataforma, ja que només un 1 % acaba amb una resolució final. Vegeu l'informe de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell i al Comitè Econòmic i Social Europeu sobre l'aplicació de la Directiva ADR i el Reglament ODR (COM (2023) 648 final), p. 8.

25. Els informes constaten que els consumidors tendeixen a sol·licitar l'inici d'un procediment RAL a una entitat del país on resideixen i no acostumen a dirigir-se a l'entitat RAL d'un altre país o a utilitzar la Plataforma Online Dispute Resolution (ODR), com s'ha dit. Per tot, vegeu *Information gathering for assisting the Commission in complying with its obligations under Article 26 («reporting») of the ADR Directive and Article 21 («reporting») of the ODR Regulation, Annexes to the Final Report*, Brussel·les, European Commission, 2022, p. 33.

26. El considerant 15 de la proposta assenyala que els estats membres estaran obligats a establir punts de contacte de resolució alternativa de litigis amb funcions clarament definides. Així, s'aposta perquè els centres europeus del consumidor facin aquesta funció. En aquest sentit, vegeu la Proposta de Directiva per la qual es modifica, entre altres, la Directiva 2013/11/UE (COM (2023) 649 final).

27. Vegeu, per exemple, la STC 15/1989, del 26 de gener, *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 43 (20 febrer 1989), p. 35-49, i la STC 62/1991, del 22 de març, BOE, núm. 98 (24 abril 1991), p. 2-7.

3.1. UNA MIRADA CONSTITUCIONAL SOBRE LA FUNCIÓ JURISDICCIONAL DE L'ARBITRATGE

La lectura feta de la Sentència del Tribunal Constitucional (d'ara endavant, STC) 17/2021, del 15 de febrer de 2021, permet establir un posicionament diferent en relació amb l'arbitratge com a equivalent jurisdiccional que havien projectat, entre altres, diferents STC prèvies a aquesta del 2021.²⁸ La doctrina i la jurisprudència constitucionals, com s'ha dit, havien declarat que calia assimilar la funció de garantia de l'arbitratge a la funció jurisdiccional.²⁹ En aquest context, és rellevant la STC 17/2021, del 15 de febrer, que és menys bondadosa que les seves precedents pel que fa al beneplàcit atorgat a la funció de laudar com a equivalent jurisdiccional. La Sentència resol el recurs d'empara promogut contra la Sentència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Madrid del 8 de gener de 2018, relativa a un procediment d'anul·lació

28. BOE, núm. 69 (22 març 2021), p. 32689-32706. La dita sentència resol el recurs d'empara presentat contra la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (TSJM) del 8 de gener de 2018 (Roj: STSJ M 46/2018), que havia anul·lat un laude arbitral basat en la noció d'ordre públic per manca de motivació o motivació insuficient. Així, la part recurrent al·lega que l'anul·lació del laude arbitral per manca de motivació feta per l'òrgan judicial vulnera el seu dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitució espanyola, d'ara endavant CE) perquè la resolució del TSJM és arbitrària. Aleshores, la part recurrent considera que l'article 41 LA no inclou la possibilitat de controlar quina ha estat la motivació del laude arbitral i que l'anul·lació del laude per manca de motivació o motivació insuficient s'esdevé perquè el TSJM imposa sobre els laudes arbitral els mateixos filtres de control aplicables a les resolucions judicials. La part recurrent insisteix que l'arbitratge no s'apuntala en el dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) perquè aquest només és predicable de les sentències judicials i, per tant, la motivació del laude no pot constituir una qüestió d'ordre públic. En conseqüència, diu la recurrent, no es pot anul·lar un laude arbitral per motivació insuficient o per manca de motivació.

29. Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 5 (2005), p. 71. Vegeu, entre altres, la STSJC del 14 de gener de 2019 (Roj: STSJ CAT 1272/2019), que es fa ressò de la STC 174/1995, del 23 de novembre (BOE, núm. 310 [28 desembre 1995], p. 38-44), perquè afirma que «el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada». Vegeu també les STC 43/1988, del 16 de març (BOE, núm. 88 [12 abril 1988], p. 6-11), 233/1988, del 2 de desembre (BOE, núm. 307 [23 desembre 1988], p. 2-7) i 176/1996, de l'11 de novembre (BOE, núm. 303 [17 desembre 1996], p. 13-15). En un sentit similar, vegeu les STSJC 78/2018, del 4 d'octubre (Roj: STSJ CAT 8878/2018), i 47/2018, del 17 de maig (Roj: STSJ CAT 8878/2018). Inclou un matís lleugerament diferent la STSJC 20/2018, del 5 de març (Roj: STSJ CAT 8878/2018):

[...] que el arbitraje como vía extrajudicial de las controversias existentes entre las partes es un equivalente jurisdiccional que se sustenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados y que el acceso a la jurisdicción —pero no su equivalente jurisdiccional— legalmente establecido será sólo el recurso de nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso en el que al estar tasadas las causas de revisión y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos ante un juicio externo.

d'un laude arbitral.³⁰ La part recurrent considera que el concepte d'*ordre públic* no inclou la possibilitat de valorar si el resultat del laude estava o no ben motivat.³¹ Per contra, l'altra part al·lega que correspon a la jurisdicció ordinària controlar (com una qüestió d'ordre públic) que el laude estigui motivat correctament.³² Més endavant (*infra* ap. 4.2) ens referirem a la qüestió de l'ordre públic. Així, el Tribunal Constitucional comença recordant (fonament jurídic [FJ] primer) que la institució arbitral és un mecanisme heterocompositiu de resolució de conflictes i que la intervenció dels òrgans jurisdiccionals és mínima. Afirmar que, malgrat que sigui evident, des de la perspectiva constitucional, que la similitud entre les resolucions judicials i els laudes arbitral és òbvia, no és absoluta, i això s'ha d'observar en el deure de motivació:

Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE*. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador.³³

30. El que s'observa en l'anàlisi de la jurisprudència constitucional en relació amb el tema estudiat és que la majoria de les sentències resolen un recurs d'empara presentat en què la part recurrent al·lega vulneració del dret a la tutela judicial efectiva per manca de resolució motivada a causa de l'excés de control judicial que fan els tribunals superiors de justícia quan resolen l'acció d'anul·lació per ordre públic, i que acaben per controlar —com succeeix en la STSJM citada—, així, el contingut substantiu del laude arbitral (prenent com a base l'art. 41.1f LA).

31. Com assenyala la STC 17/2021, el deure de motivació del laude no té la mateixa naturalesa que el de les resolucions judicials, atès que el d'aquestes és una exigència constitucional que deriva del dret a la tutela judicial efectiva, mentre que el d'aquell és un requisit d'exclusiva configuració legal.

32. En relació amb el deure de motivació, vegeu Jesús REMÓN, «El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero», a José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Dykinson, p. 212, qui fa una distinció entre la motivació del laude i la de les sentències. L'autor indica que l'àrbitre no és un poder de l'Estat, que la seva legitimació deriva d'un acord entre les parts i que, mentre que el jutge sempre ha de resoldre basant-se en el dret, l'àrbitre ho pot fer segons l'equitat. També apunta que l'àrbitre ha de decidir en una única instància i que la motivació del laude no compleix, per tant, la finalitat de permetre una revisió de la decisió pel que fa al fons en una segona instància. I diu que la motivació de les sentències, a més, compleix una funció filogenètica, ja que completa l'ordenament perquè incorpora referències jurisprudencials. La motivació del laude, per contra, esgota els seus efectes en la solució del cas concret: només serveix per a traslladar a les parts la raó de la decisió.

33. El Ministeri Fiscal comparteix la mateixa opinió i al·lega que l'exigència de motivació del laude no té l'origen en l'article 24 CE (que només és aplicable a la tutela judicial), sinó en la previsió feta per l'ar-

I, de manera taxativa, afirma el caràcter prolix que han tingut resolucions prèvies del TC en relació amb l'equivalència jurisdiccional entre laudar i sentenciar:

Puede que la confusión que este tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre) —y luego reiterada en posteriores— de la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral.³⁴

La motivació del laude arbitral, per tant, ve exigida per la Llei d'arbitratge, i no pas per l'article 24 de la Constitució espanyola (CE).³⁵

ticle 37.4 LA (la motivació sí que podrà ser objecte de control, però mai equiparable amb el de la sentència judicial), i que el control de la motivació ha de quedar limitat a constatar que no existeixen contradiccions en la resolució final del laude arbitral (FJ primer).

34. En relació amb això, Jesús REMÓN, «El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional», p. 212-213, afegeix:

[...] la idea de equivalente jurisdiccional se centra, pues, en los efectos del laudo, pero es compatible con el dato de que el arbitraje es una institución con contenido propio que se funda en la autonomía de la voluntad y nace, precisamente, de una renuncia transitoria al ejercicio de acciones en la vía judicial. Por eso mismo ninguno de los motivos de anulación tasados ni, singularmente el orden público, pueden conformarse mediante una automática traslación del contenido constitucionalmente declarado de las garantías que integran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), precisamente, porque esas garantías constitucionalizadas no pueden proyectarse, con el rango de derechos fundamentales, sobre el procedimiento arbitral que tiene su origen en la opción voluntaria por las partes de renunciar a someterse a la jurisdicción.

35. SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, «La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, o qué hay de verdad en la “equivalencia jurisdiccional” del arbitraje», a JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), *El proceso arbitral en España*, p. 230, considera que existeix una lògica menys estricta per al cànon arbitral, de manera que en cap cas el criteri pot ser més sever que el que requereix la tutela judicial efectiva a les sentències judicials:

[...] con todo, la arbitrariedad o irrazonabilidad del laudo se van a medir con el mismo rasero: el laudo, como la sentencia, debe contener una proposición lógica, debe aportar las razones por las que el intérprete ha llegado a aceptar unos hechos probados y a partir de ellos ha elaborado una respuesta sustantiva, y debe permitir comprender cómo el juez o el árbitro han llegado formalmente a su conclusión, sin poder descender ni poner en tela de juicio la bondad o corrección del razonamiento lógico, sino solo su presencia.

Així, el TC construeix el recurs matisant el que s'ha dit sobre la funció d'equivalent jurisdiccional de l'arbitratge,³⁶ n'afirma el caràcter voluntari i conclou:

[...] no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral.

Aleshores, i en relació amb el control de la funció arbitral, el Tribunal Constitucional afirma que la facultat de controlar les actuacions arbitrals per la via de la impugnació del laude deriva de la configuració legal que es fa de l'arbitratge, i no de l'article 24 CE. En conseqüència, el que es conclou és que la correspondència o identitat entre arbitratge i jurisdicció queda limitada a l'eficàcia que té el laude i, per tant, l'activitat que desplega l'àrbitre no ha de seguir escrupolosament els mateixos paràmetres formals i de contingut que s'exigeixen al jutge.³⁷ En atenció a això, el que observem és que l'assimilació de les funcions entre aquests dos òrgans que s'havia fet, ha tergiversat la funció arbitral perquè en el procediment arbitral també s'han fet exigibles obligacions pròpies de l'activitat judicial.³⁸

36. La ja citada STC 62/1991, del 22 de març (BOE, núm. 98 [24 abril 1991], p. 2-7), va resoldre el recurs d'inconstitucionalitat promogut per l'Advocacia de l'Estat contra l'Estatut gallec del consumidor i usuari i, a fi de determinar la competència exclusiva de l'Estat per a l'establiment del sistema d'arbitratge, el TC va argumentar:

[...] siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia.

37. Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ, «La motivación del laudo de equidad: límites a la acción de anulación por vulneración del orden público. Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 41 (2022), p. 314.

38. *Ibidem*, p. 316. I així s'observa en la Sentència del TSJCM que va donar peu al recurs d'empara i en la STC comentada, que, si bé no anul·la el laude, de la seva fonamentació jurídica s'extreu que el TSJM sembla exigir els mateixos requisits formals i materials de la sentència al laude que examina.

Que l'arbitratge és una institució amb contingut propi també ho assenyala el magistrat Juan Antonio Xiol Ríos en el vot particular que formula a la STC 1/2018, de l'11 de gener de 2018.³⁹ Aquest magistrat discrepa de la naturalesa atribuïda a la institució per la Sentència, de la qual redacta el vot particular, on recalca el caràcter contractual de l'arbitratge. En aquesta línia, el magistrat afirma que és precisament l'eficàcia perseguida per l'arbitratge la que fa implícita l'assistència judicial, atès el caràcter executiu i de cosa jutjada que es predica dels laudes arbitrals.^{40,41} Ara bé, assumir l'equivalent jurisdiccional de l'arbitratge comporta, a parer d'aquest magistrat, l'extensió de principis pròpiament jurisdiccionals que «entre otras cosas, no permite explicar bien el abandono de las facultades inherentes al ejercicio de la jurisdicción, ni la sumisión a la autonomía privada de aspectos relativos a su ejercicio, ni la autonomía de los árbitros para decidir sobre el ámbito de su decisión sin otro control que el limitado *a posteriori*». En definitiva, la configuració de l'arbitratge necessàriament ha de prendre com a referència la naturalesa mixta que projecta la institució arbitral

39. BOE, núm. 34 (7 febrer 2018), p. 14701-14732.

40. Així, Xiol Ríos afirma en el vot particular que formula:

[...] sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su asiento en el artículo 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el artículo 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los art. 33 y 38 CE). Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de *Kompetenz-Kompetenz* y en la presunción a favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de las facultades decisorias.

41. En un sentit similar, Pascual SALA SÁNCHEZ, «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio y 17/2021, de 15 de febrero», a José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), *El proceso arbitral en España*, p. 27, afirma:

[...] si pudiera considerarse el arbitraje un sistema de resolución de controversias similar o equivalente al judicial, habría que igualarlos en punto a la exigencia de requisitos o garantías, tanto las procedimentales como las referidas a las resoluciones que en ambos se dicten para resolver las controversias que constituyan su objeto. Entonces, el arbitraje no significará otra cosa que una mera primera instancia del proceso judicial y perderá sus notas de flexibilidad, confidencialidad, brevedad y, ligado a ésta, economía, que le caracterizan en comparación con la justicia.

i que s'observa, d'una banda, en el principi de l'autonomia de la voluntat, que certament descansa en la força executiva i de cosa jutjada del laude, i, per altra, en el control judicial admès, que ha de permetre socórrer les garanties essencials que també ha de tenir el procediment arbitral.⁴²

Precisament, la STC 9/2005, del 17 de gener de 2005,⁴³ ja havia advertit que el fonament de l'arbitratge és l'autonomia de la voluntat, i, constitucionalment, la relació amb l'arbitratge s'esdevé per via de l'article 1.1 CE (llibertat com a valor superior de l'ordenament), «y aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional». En aquesta sentència, el Tribunal remarca que l'activitat jurisdiccional només projecta les seves garanties, en relació amb l'arbitratge, en el caràcter de drets fonamentals d'aquelles fases del procediment arbitral i d'aquelles actuacions en què la llei ha previst la intervenció jurisdiccional dels òrgans judicials, ja sigui a través de la formalització judicial de l'arbitratge, ja sigui per l'acció d'anul·lació o l'execució forçosa del laude.⁴⁴

Que l'arbitratge no ha de doblegar-se a les exigències de les garanties imposades per l'article 24 CE també ho reivindica la STC 65/2021, del 15 de març de 2021,⁴⁵ que emfasitza, a més, que les parts tenen llibertat per a optar per aquesta via alternativa de resolució de conflictes i que, precisament, és la LA la norma que en regula el procedi-

42. Sobre aquesta dualitat contractual/civil i jurisdiccional/processal, Pantaleón assenyala que, en relació amb l'arbitratge, el més convenient per al conveni arbitral, la designació dels àrbitres i el procediment és que l'arbitratge tendeixi a ser contractual/civil, però en relació amb l'eficàcia de cosa jutjada del laude i el caràcter executiu d'aquest, l'arbitratge ha de tendir a la vessant més processal/jurisdiccional; cfr. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Notas sobre la nueva Ley de arbitraje», a M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato, collana diretta da G. Levi*, vol. 10, *The arbitration*, Milà, Giuffrè, 1991, p. 331.

43. BOE, núm. 41 (17 febrer 2005), p. 52-59. En la dita sentència també s'observen diferències entre el procediment arbitral i el judicial quan el TC assenyala que «la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión del arbitraje no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen [...] para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (FJ 5).

44. Aquesta mateixa idea s'observa en la STC 46/2020, del 15 de juny de 2020 (BOE, núm. 196 [18 juliol 2020], p. 53596-53610), quan assenyala que les parts han decidit lliurement, en el procediment arbitral, apartar-se de la via jurisdiccional i deferir la resolució del conflicte a l'arbitratge. El TC recalca, en la dita sentència, la mínima intervenció judicial en l'arbitratge, i assenyala sobre la Llei d'arbitratge:

[...] configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consubstancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido, en virtud de un convenio arbitral, sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y la solución a sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes.

45. BOE, núm. 97 (23 abril 2021), p. 47588-47600.

ment. Per tant, la possibilitat de controlar o no judicialment les decisions arbitrals està prevista per aquesta llei i només els motius considerats per aquesta permeten, doncs, preservar els principis constitucionals a través de l'acció reconeguda per l'article 41 LA.⁴⁶ Se sap que el caràcter heterocompositiu que distingeix l'arbitratge es caracteritza per la voluntarietat que s'expressa en la celebració del conveni arbitral. Aquesta voluntarietat, però, es veu limitada per les matèries que poden ser objecte d'arbitratge. Sense voluntat d'estendre'ns excessivament aquí, cal dir que l'article 2.1 LA ja estableix les matèries que poden ser objecte d'arbitratge: les de lliure disposició. Per tant, només el que pugui ser gestionat per l'autonomia de la voluntat pot ser objecte d'arbitratge.⁴⁷ En aquest sentit, doncs, l'arbitratge és un mecanisme que se situa en el marc de l'autonomia i la llibertat de les persones. Però, a la vegada, és un instrument que gaudeix, també, de certa regulació proporcionada perquè l'Estat el posa al servei dels ciutadans,⁴⁸ i, per tant, l'arbitratge tampoc no pot girar l'esquena a la jurisdicció.

En aquesta línia, i més enllà de la jurisprudència constitucional, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 39/2020, del 30 de novembre⁴⁹

46. I així s'expressa la STC 65/2021:

[...] en consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de conflictos y no del art. 24 CE, del derecho a la tutela judicial efectiva, «cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (FJ 4t).

47. Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral», p. 76.

48. Carlos J. MALUQUER DE MOTES I BERNET, «Artículo 1. Ámbito de aplicación», a VICENTE GUI-LARTE GUTIÉRREZ (dir.) i Jacobo B. MATEO SANZ (coord.), *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 49-50, assenyalà:

[...] lógicamente el arbitraje no constituye un órgano del poder judicial, aunque posea una cierta naturaleza de éste por constituir un «equivalente jurisdiccional», al obtener las partes intervinientes los mismos objetivos que se obtienen con la jurisdicción civil. Por ello el arbitraje no constituye nunca un elemento de jurisdicción. Constituye una vía alternativa de sometimiento voluntario y libre de una o varias cuestiones sobre las que las partes posean poder de disposición, sin que se perjudique el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución que representa, que una vez decidido por las partes que utilizar este mecanismo para solucionar su cuestión litigiosa, ha de continuarse en la misma y que la solución queda sometida a la decisión que establezcan las personas nombradas por ellas mismas. Con ello, lógicamente, no puede acudirse a la llamada jurisdicción judicial, reservada solamente para situaciones extremadas y en las que presumiblemente se hayan infringido las pocas reglas formales existentes o que la decisión sea contraria al orden público.

49. Roj: STSJ CAT 11713/2020.

(ho replica la STSJC 44/2020, del 17 de desembre),⁵⁰ és estentòria en relació amb la delimitació que fa de la «funció jurisdiccional» dels àrbitres, respecte a la qual diu:

[...] el árbitro o en su caso la institución administradora del arbitraje no ejercen, *stricto sensu*, la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la Ley: la función de laudar es pues de interés público porque subviene al mismo fin y cuenta con la misma fuerza que las decisiones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional.⁵¹

Naturalment, el procediment arbitral, com que finalitza amb un laude que té la mateixa eficàcia de cosa jutjada que la sentència, beu d'aquesta idea d'equivalent jurisdiccional. Però, atès que, com se sap, l'arbitratge no és un procediment judicial ni els àrbitres exerceixen la jurisdicció (que, per altra banda, és competència exclusiva del poder judicial; *arg. ex art.* 117 CE), cal superar, doncs, aquesta equiparació, tal com referenden les sentències del Tribunal Constitucional 17/2021 i 65/2021, entre altres.

Laudar, doncs, no equival complidament a *sentenciar* i, per tant, i amb la STC 17/2021, *arbitratge* i *jurisdicció* s'assimilen només pel que fa a l'eficàcia de cosa jutjada que tenen els laudes i les sentències.⁵² L'arbitratge és, per tant, una alternativa jurisdiccional. Això també és rellevant pel que apuntarem a continuació, on es posarà de manifest que aquesta equiparació no és en cap cas absoluta.

És en el context d'aquest debat relatiu a la funció de l'arbitratge com a equivalent jurisdiccional que ens plantegem dues qüestions rellevants pel que fa a la funció jurisdiccional: l'obediència al principi d'efectivitat del dret de la Unió Europea i la possibilitat de plantejar qüestions prejudicials al Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE). Vegem-ho.

50. Roj: STSJ CAT 11716/2020.

51. També la STSJC 4/2022, del 18 de gener (Roj: STSJ CAT 1278/2022), matisa la funció d'equivalent jurisdiccional de l'arbitratge i diu: «[...] cuando el TC indica que el arbitraje jurisdiccional, no quiere decir que pueda identificarse la jurisdicción y sus normas con el arbitraje, sino únicamente que el laudo produce los mismos efectos que una sentencia judicial firme». En un sentit similar s'expressa la STSJC 23/2021, del 24 de març (Roj: STSJ CAT 5335/2021). Que és equivalent pel que fa als efectes i els resultats ho diu la STSJC 32/2020, del 20 d'octubre (Roj: STSJ CAT 9527/2020).

52. SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, «La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021», p. 230, ha dit que el que fa el TC és:

[...] restaurar su verdadero significado, que nada tiene que ver con el tratamiento análogo de ambas vías de solución de controversias. Por fin el Tribunal Constitucional aclara que la equivalencia solo se predica de los efectos de la decisión judicial y del laudo arbitral, ambas dotadas de efecto de cosa juzgada; pero al mismo tiempo la analogía termina aquí y se circunscribe a tal circunstancia.

3.2. ÉS LA JURISDICCIONALITAT PRESSUPÒSIT DEL PRINCIPI D'EFFECTIVITAT?

La finalitat del principi d'efectivitat és garantir l'aplicació efectiva del dret comunitari i, consegüentment, queda justificada la inaplicació de les normes processals internes que facin impossible o excessivament difícil l'efectivitat d'aquest dret.⁵³ El que persegueix el dit principi és que s'apliqui efectivament la norma d'origen comunitari.⁵⁴ Aquest principi es contraposa amb l'autonomia processal que tenen els estats membres en virtut de l'article 19 del Tractat de la Unió Europea, que assenyala que aquests han d'establir les vies de recurs necessàries per a garantir una tutela judicial efectiva en els àmbits d'aplicació del dret de la Unió. En conseqüència, s'ha dit, aquest principi fa palesa la idea de constitucionalització del dret privat, atès que erosiona l'autonomia processal dels estats membres.⁵⁵

La qüestió plantejada aquí és si l'àrbitre es troba vinculat pel principi d'efectivitat del dret de la Unió Europea, paral·lelament a la dependència que sí que té el jutge o al control judicial que s'observa a través de l'actuació *ex officio* del jutge, palesada sobretot en l'examen d'ofici de l'existència de clàusules abusives en el contracte conclòs pel consumidor (la jurisprudència comunitària, aquí, és abundant),⁵⁶ com veurem més endavant. Així, i malgrat que aquest article no té ni la finalitat ni la intenció

53. Sobre aquest principi, vegeu Francesca EPISCOPO, «Judicial Law-making and the principle of effectiveness in European Union (private) law», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 21 (2019), p. 53-72. Amb caràcter més general, vegeu Pedro Manuel QUESADA LÓPEZ, *El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional*, Madrid, Iustel, 2019, p. 1-268.

54. Vicente PÉREZ DAUDÍ, *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 42. En relació amb la tensió existent entre els òrgans judicials nacionals i els òrgans comunitaris, Pérez Daudí considera que, pel que fa als drets fonamentals, es produeix una dualitat de regulacions (per exemple, en el marc del dret a la tutela judicial efectiva).

55. Sobre aquesta idea, vegeu Oliver GERSTENBERG, «Constitutional reasoning in private law: the role of the CJEU in adjudicating unfair terms in consumer contracts», *European Law Journal*, vol. 21, núm. 5 (2015), p. 599-621. També, en relació amb la idea de la «hidden constitutionalization», vegeu Anna VAN DUIN, «Metamorphosis? The role of article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, núm. 5 (2017), p. 190-198.

56. La jurisprudència comunitària sobre aquesta qüestió és vasta. Vegeu, entre altres, les STJUE C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas Mostaza Claro) (ECLI:EU:C:2006:675), C-243/08, del 4 de juny de 2009 (cas Pannon) (ECLI:EU:C:2009:350), C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615), C-137/08, del 9 de novembre de 2010 (cas VB Pénzügyi Lízing Zrt) (ECLI:EU:C:2010:659), C-618/10, del 14 de juny de 2012, (cas Banco Español de Crédito) (ECLI:EU:C:2012:349), C-472/11, del 21 de febrer de 2013 (cas Banif) (ECLI:EU:C:2013:88), C-415/11, del 14 de març de 2013 (cas Aziz) (ECLI:EU:C:2013:164), C-32/14, de l'1 d'octubre de 2015 (cas ERSTE Bank Hungary) (ECLI:EU:C:2015:367) i C-377/14, del 21 d'abril de 2016 (cas Radlinger) (ECLI:EU:C:2016:283). Vegeu també la STJUE C-168/15, del 28 de juliol de 2016 (cas Milena Tomášová) (ECLI:EU:C:2016:602).

d'abordar una anàlisi detallada del principi d'efectivitat en el marc del dret privat,⁵⁷ hom no pot prescindir de la interpretació feta pel TJUE en el conegut com a cas Océano (Sentència del 27 de juny de 2000, assumptes acumulats C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 i C- 244/98),⁵⁸ que conclou que el jutge nacional ha de controlar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual quan examini l'admissibilitat d'una demanda presentada davant dels òrgans jurisdiccionals nacionals. En les conclusions expressades per l'advocat general en el cas s'assenyala, en referència al control judicial, que «l'exigència de control d'ofici és una particularitat dels litigis que es caracteritzen per l'existència d'un desequilibri entre les parts» (la traducció és nostra).

Al marge del control d'ofici de les clàusules abusives i amb la finalitat de reblar aquesta protecció efectiva de les persones consumidores que estableix el TJUE, també s'ha posat de manifest el principi d'efectivitat, entre altres, i, per tant, en relació amb l'apreciació d'ofici del jutge, en el marc del principi de conformitat del contracte de compravenda.⁵⁹ Aquesta és la qüestió que resol el TJUE en el cas C-32/13, cas Soledad Duarte Hueras contra Autociba SA, Automóviles Citroën España, SA.⁶⁰ En el cas, el TJUE assenyala que la regulació processal destinada a aixoplugar els drets reconeguts per la Directiva 1999/44 (que per qüestions temporals era l'aplicable al cas) atribuïts a les persones consumidores correspon a l'ordenament jurídic intern dels estats membres —per la via del principi d'autonomia processal—, si bé aquesta regulació no pot ésser menys favorable que la que s'apliqui a situacions similars de caràcter intern (pel principi d'equivalència) i no ha de fer excessivament difícil l'exercici dels drets reconeguts per l'ordenament comunitari (com a conseqüència del principi d'efectivitat). En conseqüència, el TJUE afirma que un règim processal que no permeti que el jutge reconegui d'ofici el dret a obtenir una reducció en el preu de la compravenda del bé pot menyscar l'eficàcia de la protecció de les persones consumidores perseguida pel legislador comunitari.⁶¹

57. Vegeu l'estudi fet per Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», a Esther ARROYO AMAYUELAS i Ángel SERRANO DE NICOLÁS, *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 65-97.

58. ECLI:EU:C:2000:346.

59. Vegeu Francisco VERDÚN PÉREZ, «La Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19 (2016), p. 75-111.

60. STJUE C-32/12, del 3 d'octubre de 2013 (cas Soledad Duarte Hueras) (ECLI:EU:C:2013:637).

61. I també en la Sentència C-227/08, del 17 de desembre de 2009 (cas Martín Martín) (ECLI:EU:C:2009:792), en el context d'una compravenda fora d'establiment mercantil, el consumidor no és informat del dret de desistiment i el consumidor tampoc no sol·licita la nul·litat del contracte ni en la primera instància ni en l'apel·lació. El jutge d'apel·lació planteja la qüestió prejudicial per tal de determinar si pot declarar d'ofici la nul·litat del contracte.

El que ens plantegem aquí és si l'àrbitre, en el marc de la seva funció arbitral, pot o ha d'actuar d'ofici en el moment de la resolució de la controvèrsia a fi d'obeir cautelosament aquest principi d'efectivitat que recullen les sentències del TJUE. I, això, ja sia en el marc de l'examen de l'abusivitat de les clàusules contractuals, ja sia en la possibilitat d'atorgar un remei diferent del sol·licitat pel consumidor en un procediment relatiu a la manca de conformitat del bé adquirit per la persona consumidora, per exemple. La conclusió a què hem arribat en el segon epígraf condicionarà necessàriament la resposta a aquesta qüestió. Però anem a pams: la jurisprudència del TJUE, no en el si de la funció arbitral, però sí en el d'altres òrgans no jurisdiccionals, s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió.

En relació amb l'examen d'ofici de les clàusules abusives, ens pot servir d'inspiració el que ha resolt el TJUE en la Sentència del 18 de febrer de 2016 (assumpte C-49/14, cas *Finanmadrid*).⁶²

En el cas, la persona consumidora havia conclòs un contracte de préstec per un import de trenta mil euros amb *Finanmadrid* a fi de cobrir el finançament de la compra d'un vehicle. Atès l'impagament d'una de les quotes, *Finanmadrid* va sol·licitar al lletrat del Jutjat de Primera Instància número 5 de Cartagena que admetés la seva petició d'inici d'un procediment monitori contra el demandat (el consumidor). Aquest procediment, un cop notificat el requeriment, finalitza amb un decret en què es dona per acabat el procés monitori i que es trasllada al creditor perquè n'insti l'execució, per la qual cosa n'hi ha prou amb la mera sol·licitud. El TJUE conclou que una normativa que no permet al jutge encarregat de l'execució apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula continguda en un contracte de consum, s'oposa a la Directiva 93/13, atès que l'autoritat que va conèixer de la petició de judici monitori no tenia competència per a fer la dita apreciació. Aquesta sentència resol en sentit negatiu la qüestió de si és el lletrat de l'Administració de justícia l'autoritat judicial adequada per a fer el control del caràcter abusiu de les clàusules dels contractes de consumidors en el tràmit de l'admissió o inadmissió de la petició de judici monitori, atès que diu que ha de ser el jutge⁶³

62. ECLI:EU:C:2016:98.

63. Vegeu l'apartat 50 de la Sentència:

Por lo que se refiere al principio de efectividad, cuya observancia por los estados miembros debe apreciarse a la luz, en particular, de los criterios enunciados en los apartados 43 y 44 de la presente sentencia, cabe señalar que, según el tenor de los artículos 815 y 816 de la LEC, el control por parte del secretario judicial de una petición de juicio monitorio se limita a la comprobación de que se cumplen las formalidades exigidas en relación con tal petición, concretamente la exactitud, a la luz de los documentos adjuntos a esa petición, del importe del

qui faci el control de l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula inserida en un contracte de consum.^{64,65}

En un altre ordre de consideracions, ens interessa destacar la Sentència del TJUE de l'1 d'octubre de 2015 (assumpte C-32/14, cas Erste Bank Hungary Zrt. contra Attila Sugár).⁶⁶ En el cas, i en el marc del dret hongarès, la qüestió plantejada era si el notari havia d'examinar d'ofici l'abusivitat d'una clàusula inserida en el contracte. Així, el notari havia postil·lat un títol executiu. En l'àmbit del dret hongarès, el document notarial que contenia la postil·la produïa efectes de cosa jutjada. Mitjançant aquest procediment el notari es limitava a verificar si el document complia o no els requisits formals i materials que permetrien la seva execució, però no podia entrar a examinar el caràcter abusiu de les clàusules del contracte.

En la Sentència ja es fa notar que els rols atorgats als òrgans notariais i judicials són diferents i el TJUE posa de manifest que la Directiva 93/13 no inclou cap disposició en relació amb el paper més o menys actiu que ha de tenir el notari en matèria de control de les clàusules abusives.⁶⁷ El Tribunal conclou que correspon a cada estat membre establir les normes que puguin tenir atribuïdes el notari en els procediments

crédito reclamado. De este modo, con arreglo al derecho procesal español, no figura entre las competencias del secretario judicial la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito.

64. Pedro Manuel QUESADA LÓPEZ, *El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea*, p. 216, assenyalava que «dadas las particularidades del proceso monitorio español, si no concurren las circunstancias que determinan la intervención del juez (inadmisión porque de los documentos adjuntados se deduce que la petición del acreedor no es correcta o formulación de oposición) el proceso concluye sin que el órgano jurisdiccional pueda realizar un control de la existencia de cláusulas abusivas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor». Vegeu l'apunt crític que fa aquest autor d'aquesta STJUE en la p. 219.

65. En relació amb l'article 815 LEC i la possibilitat d'ofici del jutge d'apreciar l'existència de clàusules abusives en el marc del procés monitori, la reforma operada per la Llei 6/2023, del 19 de desembre, persegueix simplificar aquest incident i permetre que el jutge apreciï d'ofici l'existència de les dites clàusules i que l'actor continuï amb el tràmit tot reduint aquesta part que es vegi afectada per la declaració d'abusivitat. Si no s'accepta la proposta, es deixa oberta la via del judici declaratiu que correspongui. Vegeu la nova redacció de l'article 815.3, segon paràgraf, LEC i, sobretot, *infra* el subapartat 4.1.3.

66. ECLI:EU:C:2018:367.

67. Per exemple, vegeu l'apartat 58 de la Sentència:

Por otro lado, procede señalar que la Directiva 93/13 no contiene ninguna disposición relativa al papel que puede o debe atribuirse al notario en materia de control de las cláusulas contractuales abusivas. En este sentido, la citada Directiva no regula la cuestión de si, en circunstancias en las que una legislación nacional atribuye al notario la facultad de proceder a insertar la apostilla ejecutiva en el documento auténtico en el que se formaliza un contrato y la facultad de cancelar posteriormente tal apostilla, resulta conveniente hacer extensiva al notario la facultad de ejercer atribuciones que corresponden directamente a la función judicial.

d'execució forçosa i que, en qualsevol cas i en el marc del sistema hongarès, el notari ja té un paper preventiu del caràcter abusiu que pugui tenir alguna clàusula del contracte, ja que té el deure, en el si de les seves funcions d'assessorament, de garantir la igualtat de tracte de les parts contractants en tots els procediments en què intervingui, fins i tot en el crèdit reclamat d'execució forçosa.⁶⁸

En el nostre ordenament i en relació amb l'hipotètic control d'ofici del notari i del registrador de la propietat,⁶⁹ és destacable l'article 84 del Reial decret legislatiu 1/2007, del 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (TRLGDCU), que assenyalava que els notaris i els registradors de la propietat i mercantils, en l'exercici professional de les seves funcions públiques respectives, no han d'autoritzar ni inscriure els contractes o negocis jurídics en què es pretengui la inclusió de clàusules declarades nul·les per ser abusives en una sentència inscrita en el Registre de Condicions Generals de la Contractació.⁷⁰

Cal puntualitzar, però, que en relació amb això la Resolució de la Direcció General de Registres i del Notariat del 19 d'octubre de 2016⁷¹ va afirmar que la nul·litat d'una clàusula hipotecària per ser abusiva i la conseqüència de tenir-la per no posada s'havien d'aplicar a tots els préstecs hipotecaris vigents, amb independència del seu moment de signatura.

La doctrina s'ha mostrat crítica amb això perquè constata que ni els notaris ni els registradors poden entrar a examinar d'ofici l'abusivitat d'una clàusula si no hi ha una sentència ferma que així ho estableixi i perquè aquest rol actiu és propi de l'òrgan judicial, precisament, perquè és aquest qui té atribuïdes funcions jurisdiccionals.⁷²

Per la seva banda, l'article 123-10.3 del Codi de consum de Catalunya (CCons-Cat) (Llei 22/2010, del 20 de juliol) determina que els notaris, en el marc de llurs obli-

68. En les conclusions emeses per l'advocat general ja s'adverteix que la possibilitat de fer extensiva la facultat de controlar d'ofici l'existència de clàusules abusives col·lideix amb el principi del monopoli de la funció judicial. Així doncs, vegeu les conclusions emeses per l'advocat general Pedro Cruz Villalón sobre la dita sentència (ECLI:EU:C:2015:424), ap. 65-66.

69. Vegeu José Antonio GARCÍA VILA, «Los límites al control de la legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a la resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016», *Revista de Derecho civil*, vol. iv, núm. 1 (2017), p. 183-218.

70. Però és que, a més, l'article 83 del mateix text vincula la declaració de nul·litat d'una clàusula a l'audiència prèvia que el jutge donarà a les parts.

71. BOE, núm. 273 (11 novembre 2016), p. 78520-78529.

72. José Antonio GARCÍA VILA, «Los límites al control de la legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas», p. 211-212: «[...] la capacidad del juez (y no digamos ya del notario o el registrador) de apreciar "de oficio" la abusividad y la nulidad de una cláusula debe entenderse de un modo restrictivo porque el principio de contradicción y el aquietamiento son también principios de derecho comunitario que son de aplicación directa al derecho nacional». L'autor també assenyalava que ni el notari ni el registrador no són funcionaris enfront de qui es pugui tramitar un procediment mínimament contradictori.

gacions legals, a més de comprovar que, en les escriptures relatives a crèdits o préstecs hipotecaris sobre l'habitatge no s'inclouen clàusules que en altres casos hagin estat declarades nul·les judicialment perquè s'han considerat abusives, han de vetllar pel respecte dels drets que aquesta llei atorga als consumidors que són deutors hipotecaris. La dicció d'aquest precepte també és criticada pel deure que imposa als notaris de coneixement genèric de totes les sentències fermes dictades per qualsevol òrgan sobre aquesta matèria.⁷³

Observem que en el supòsit el legislador s'ha pronunciat a favor de l'actuació d'ofici en relació amb la funció notarial i la de registrador, tot i que amb les cauteles assenyalades, sobretot, per la doctrina.

És en aquest context, com hem dit, que es proposa una reflexió sobre l'actuació d'ofici de l'àrbitre. Tanmateix, no tenim cap sentència del TJUE que hagi abordat aquesta qüestió. Convenim, però, que en les dues sentències analitzades el presupòsit del principi d'efectivitat és la jurisdiccionalitat i, per tant, l'actuació arbitral en queda al marge. Amb tot, cal fer un darrer apunt: si aquesta impossibilitat de l'àrbitre és justificada perquè aquesta actuació ha de correspondre a l'òrgan judicial, aquest, necessàriament i a fi de complir amb el principi d'efectivitat, ha de poder actuar d'ofici a través d'algun dels instruments processals de control del laude que planteja la norma (recurs de revisió, acció d'anul·lació i procediment d'execució).⁷⁴

3.3. QUASIJURISDICCIONALITAT I QÜESTIÓ PREJUDICIAL

El dret de consum és objecte de reformes freqüents resultat de l'activitat harmonitzadora de la Unió Europea. Aquest dret, de provenença majoritàriament comunitària, es caracteritza, doncs, per la seva necessària transposició en els ordenaments interns. Ja sia per l'exigència relativa a la conformitat del dret intern a una directiva,⁷⁵

73. Si que observem una manifestació d'aquesta actuació d'ofici del notari, taxativament, en l'article 129.2f de la Llei hipotecària (Decret del 8 de febrer de 1946, pel qual s'aprova la nova redacció oficial de la Llei hipotecària):

[...] cuando el notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento del deudor, del acreedor y, en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

74. Sobre els instruments processals de control del laude, vegeu Jesús CAMPO CANDELAS, *La anulación del laudo por infracción del orden público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 64 i seg.

75. Lúdia ARNAU RAVENTÓS, «La conformitat del dret català al dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de dret no conforme», *Revista Catalana de Dret privat*, núm. 22 (2020), p. 135.

ja sia pel dubte que pugui generar la interpretació d'una disposició, el TJUE s'ha manifestat abundantament en relació amb la interpretació que cal fer del dret de consum a través de les qüestions prejudicials. Així, l'article 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) és la disposició que legitima el TJUE per a pronunciar-se davant les qüestions prejudicials que plantegin els òrgans jurisdiccionals dels diferents estats membres. Fixem-nos, per exemple, en l'estadística plantejada pel web del Consell General del Poder Judicial. Així, i pel que fa a l'Estat espanyol, en matèria de protecció dels consumidors les primeres qüestions prejudicials es van plantejar l'any 2013⁷⁶ i d'aleshores ençà se n'han plantejat un total de noranta-dues.⁷⁷

Que els àrbitres no estan legitimats per a plantejar qüestions prejudicials ho va establir el TJUE en la Sentència del 23 de març de 1982 (cas Nordsee).⁷⁸ En el cas, l'àrbitre va plantejar dues qüestions prejudicials sobre la interpretació de diferents

76. STJUE C-415/11, del 14 de març de 2013 (cas Aziz) (ECLI:EU:C:2013:164).

77. Es comença a comptabilitzar des del 2013, malgrat que hi ha qüestions prejudicials plantejades amb anterioritat; per tant, la taula no és exacta. A tall d'exemple, destaquen les següents STJUE: C-183/00, del 25 d'abril de 2002 (cas González Sánchez) (ECLI:EU:C:2002:255); C-240/98, del 27 de juny de 2000 (cas Océano Grupo Editorial) (ECLI:EU:C:2000:346); C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas Mostaza Claro) (ECLI:EU:C:2006:675); C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615); C-227/08, del 17 de desembre de 2009 (cas Martín Martín) (ECLI:EU:C:2009:792); C-484/08 (cas Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid); C-618/10, del 14 de juny de 2012 (cas Banco Español de Crédito) (ECLI:EU:C:2012:349); C-484/08, del 3 de juny de 2010 (cas Caja de Ahorros y Monte de Piedad) (ECLI:EU:C:2010:309); C-166/11, de l'1 de març de 2012 (cas González Alonso) (ECLI:EU:C:2012:119); C-415/11, del 14 de març de 2013 (cas Aziz) (ECLI:EU:C:2013:164); C-32/12, del 3 d'octubre de 2013 (cas Duarte Hueros) (ECLI:EU:C:2013:637); C-226/12, del 16 de gener de 2014 (cas Constructora Principiado) (ECLI:EU:C:2014:10); C-413/12, del 5 de desembre de 2013 (cas Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León) (ECLI:EU:C:2013:800); C-482/13, del 21 de gener de 2015 (cas Unicaja Banco) (ECLI:EU:C:2015:21); C-8/14, del 29 d'octubre de 2015 (cas BBVA) (ECLI:EU:C:2015:731); C-49/14, del 18 de febrer de 2016 (cas Finanzmadrid) (ECLI:EU:C:2016:98); C-169/14, del 17 de juliol de 2014 (cas Sánchez Morcillo i Abril García) (ECLI:EU:C:2014:2099); C-381/14, del 14 d'abril de 2016 (cas Sales Sinués) (ECLI:EU:C:2016:252); C-421/14, del 26 de gener de 2017 (cas Banco Primus) (ECLI:EU:C:2017:60); C-154/14, del 21 de desembre de 2016 (cas Gutiérrez Naranjo) (ECLI:EU:C:2016:980); C-434/15, del 20 de desembre de 2017 (cas Asociación Profesional Élite Taxi) (ECLI:EU:C:2017:981); C-598/15, del 7 de desembre de 2017 (cas Banco Santander) (ECLI:EU:C:2017:945); C-96/16, del 7 d'agost de 2018 (cas Banco Santander) (ECLI:EU:C:2018:643); C-70/17, del 26 de març de 2019 (cas Abanca Corporación Bancaria) (ECLI:EU:C:2019:250); C-452/18, del 9 de juliol de 2020 (cas Ibercaja Bancos) (ECLI:EU:C:2020:536); C-224/19, del 16 de juliol de 2020 (cas CaixaBank) (ECLI:EU:C:2020:578); C-600/19, del 17 de maig de 2022 (cas Ibercaja Banco) (ECLI:EU:C:2022:394); C-869/19, del 17 de maig de 2022 (cas Unicaja Banco) (ECLI:EU:C:2022:397); C-385/20, del 7 d'abril de 2022 (cas Caixabank) (ECLI:EU:C:2022:278); C-215/21, del 22 de setembre de 2022 (cas Servicios Prescriptor y Medios de Pago EFC) (ECLI:EU:C:2022:723); C-302/21, del 24 de novembre de 2022 (cas Banco Cetelem) (ECLI:EU:C:2022:919); C-335/21, del 22 de setembre de 2022 (cas Vicente) (ECLI:EU:C:2022:720); C-565/21, del 16 de maig de 2023 (cas Caixabank) (ECLI:EU:C:2023:212), i C-83/22, del 14 de setembre de 2023 (cas Tuk Tuk Travel) (ECLI:EU:C:2023:664).

78. STJUE C-102/81, del 23 de març de 1982 (cas Nordsee) (ECLI:EU:C:1982:107).

reglaments relatius a les ajudes en el finançament del Fons Europeu d'Orientació i Garantia Agrícola (FEOGA). El litigi principal feia referència a l'execució d'un acord signat per diverses empreses el dia 27 de juny de 1973 i que tenia com a objectiu el repartiment entre les parts contractants de totes les ajudes que obtinguessin del FEOGA en el marc per a la construcció de tretze bucs factoria per a la pesca. La Comissió, finalment, només va accedir a sis de les nou sol·licituds; la resta van ser rebutjades. Una de les empreses va sol·licitar a les altres dues el pagament de les quantitats que li corresponien en virtut de l'acord conclòs. El cas es va resoldre per la via arbitral perquè el contracte tenia una clàusula en virtut de la qual qualsevol conflicte entre les parts s'havia de resoldre per aquella via alternativa. L'àrbitre va interpretar que, de conformitat amb el dret alemany, la validesa del repartiment contractual de l'ajuda en el finançament depenia de si aquell repartiment era o no una irregularitat d'acord amb els reglaments comunitaris que s'aplicaven. D'aquesta manera, considerava que era necessària una decisió del TJUE i per això va plantejar la qüestió prejudicial.

El primer que es planteja el Tribunal és si l'àrbitre és un òrgan jurisdiccional d'acord amb l'article 177 TFUE (actualment, art. 267 TFUE). La lectura de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) revela una qüestió interessant: l'àrbitre que havia resolt el cas ja esgrimia la similitud entre l'activitat jurisdiccional i l'arbitral, atès que resolvia en dret, i assenyalava la semblança entre el laude i la sentència en relació amb els efectes de cosa jutjada i títol executiu; emperò, el TJUE va determinar que «estas características no bastan para conferir al árbitro el carácter de “órgano jurisdiccional de uno de los estados miembros” en el sentido del artículo 177 del Tratado». Així, el TJUE, en el cas, revela una de les qüestions que ens plantejem en aquest article: el suport o l'ajuda que l'òrgan jurisdiccional pot o ha de prestar a l'òrgan arbitral. Fixem-nos que en aquesta sentència (fent-se ressò d'allò establert per la STJUE del 6 d'octubre de 1981, cas *Broekmeulen*)⁷⁹ el TJUE assenyalava:

[...] desde este punto de vista, procede llamar la atención sobre el hecho de que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especialmente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar el derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequatúr o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable.⁸⁰

79. STJUE C-264/80, del 6 d'octubre de 1981 (cas *Broekmeulen*) (EU:C:1981:218).

80. Qüestió que planteja, també, Marco B. M. Loos, «Enforcing consumer rights through ADR at the detriment of consumer Law», *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1 (2016), p. 77. La qües-

Entenem que no seria forassenyat habilitar un mecanisme en virtut de l'article 8 LA que permetés a l'òrgan arbitral plantejar una qüestió prejudicial davant del jutge de primera instància de la localitat on hagués de dictar-se el laude (ja que, en qualsevol cas, aquest sí que està habilitat per a remetre la qüestió al TJUE en virtut de l'art. 267 TFUE). Per tant, una possibilitat reeixida seria habilitar aquesta funció auxiliar per tal que l'àrbitre pogués plantejar els dubtes que tingués en relació amb la interpretació del dret, sobretot quan és la mateixa Directiva la que estableix la necessitat de respectar aquestes normes imperatives del dret de consum.⁸¹

4. L'ESPAI DEL PRINCIPI D'EFFECTIVITAT EN EL PROCEDIMENT ARBITRAL

El compliment del principi d'efectivitat requereix que les normes processals internes dels estats membres no siguin un obstacle per a l'aplicació del dret substantiu de consum.

El TJUE parteix de la premissa que entre les parts d'un contracte de consum existeix una situació de desequilibri que només pot compensar-se mitjançant una intervenció positiva, aliena a les parts del contracte. Reconeixent les dificultats que han d'afrontar les persones consumidores per a conèixer i exercir els seus drets, afirma que per a garantir-los és necessari que els òrgans jurisdiccionals tinguin la facultat d'examinar d'ofici el contingut dels títols que han de servir o fonamentar les seves decisions.

Com s'ha fet palès (vegeu *supra* el subapartat 3.2), la jurisdiccionalitat —característica aliena al procediment arbitral— és un pressupòsit del principi d'efectivitat. Així, considerant la impossibilitat d'actuar d'ofici de l'àrbitre, hem de qüestionar-nos a través de quin dels instruments processals de control o execució del laude que considera l'ordenament jurídic, on intervenen òrgans jurisdiccionals, és possible efectuar aquest control d'ofici a què el TJUE condiona el compliment del principi d'efectivitat.^{82,83} Cal esbossar solucions que mitiguin, en certa manera, la manca d'actuació d'ofici de l'òrgan arbitral.

tió sobre la impossibilitat de l'àrbitre de formular qüestions prejudicials també s'assenyala en la STJUE C-126/97, de l'1 de juny de 1999 (cas EcoSwiss) (ECLI:EU:C:1999:269), ap. 33.

81. En el mateix sentit, vegeu Marte KNIGEE i Eline VERHAGE, «The impact of the ADR Directive on article 7:904 par. 1 DCC explored. What is “unacceptable according to standards of reasonableness and fairness” after the implementation of the Directive?», a C. G. BREEDVELD DE VOOGD *et al.* (eds.), *Core concepts in the Dutch civil Code: Continuously in Motion*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, p. 85.

82. D'acord amb el TJUE, l'apreciació d'ofici es pot produir en qualsevol tipus de procediment i en qualsevol moment processal (STJUE C-243/08, del 4 de juny de 2009, cas Pannon [ECLI:EU:C:2009:350], ap. 34).

83. Rafael HINOJOSA SEVILLA, «El arbitraje y los errores legislativos», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 65 (gener-febrer 2016), disponible en línia a <www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-65/6060-el-arbitraje-y-los-errores-legislativos> (consulta: 14 febrer 2024), destaca que «[e]l control de

4.1. EXECUCIÓ

Ens centrarem, en primer lloc, en el procediment d'execució forçosa del laude. Per remissió de l'article 44 LA, l'execució forçosa dels laudes s'ha de regir pel que estableix la LEC (art. 517 i seg.).

4.1.1. *El principi d'efectivitat i la seva incidència en l'ordenament processal espanyol. Les reformes de la Llei d'enjudiciament civil del 2013 i el 2015*

El principi d'efectivitat parteix d'una finalitat lloable: que l'exercici dels drets que atorguen les normes europees no sigui impossible o excessivament difícil per als consumidors. Aquest objectiu, però, té una gran incidència en l'autonomia processal dels estats membres.⁸⁴ La jurisprudència del TJUE, en establir com a *conditio sine qua non* per al compliment del principi d'efectivitat la possibilitat de control *ex officio* per part dels òrgans jurisdiccionals, ha posat a prova els principis que regeixen l'ordenament processal nacional.

En el cas espanyol, trobem com a principis rectors del procés el principi dispositiu (art. 19 i 216 LEC), el d'aportació d'una part (art. 282 LEC) i el de contradicció (art. 24 CE).⁸⁵ Tots aquests principis, part essencial del dret de defensa (art. 24 CE), re-

oficio por el tribunal en fase de ejecución de los laudos no excede de la previsión contenida en el artículo 7 LA, sobre “intervención judicial”, que dispone que “en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”.

84. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», p. 96: «No puede negarse que, en general, la jurisprudencia del TJUE ha puesto en jaque la proclamada suficiencia y autonomía de los estados miembros para determinar su sistema procesal, tal y como demuestran los cambios legislativos recientes, por desgracia todavía incompletos y, en ocasiones, difíciles de interpretar». En un sentit semblant, vegeu Martin EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira. From Océano to Asturcom», *European Review of Private Law*, vol. 18, núm. 4 (2010), p. 825: «The term “procedural autonomy” is misleading, since it implies that national legal orders are immune from EU law».

85. Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN, «Derecho europeo de consumo y tutela judicial efectiva. La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», a María Isabel ROMERO PRADAS (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, València, Tirant lo Blanch, 2022, p. 252:

Los principios dispositivo y de aportación de parte son principios contingentes. Su contenido no viene dado por la naturaleza de las cosas, sino que responde a distintas razones técnicas y/o ideológicas. Estas están dirigidas a que el proceso sea un instrumento efectivo para la tutela judicial de los derechos materiales, sea más eficiente, rápido o consiga otros fines que se consideren deseables. [...] La obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales de apreciar de oficio

sulten qüestionats per la jurisprudència del TJUE. Tot i aquesta contradicció, el principi d'efectivitat imposa als estats l'eliminació de les normes de l'ordenament jurídic que impossibilitin o dificultin en excés l'exercici dels drets per part dels consumidors. En aquest sentit, part de la doctrina destaca un risc no menyspreable derivat de la possibilitat d'actuació d'ofici de l'òrgan jurisdiccional: la indefensió del demandant.⁸⁶

L'impacte de la jurisprudència del TJUE en la tasca del legislador nacional és tal que són precisament aquests pronunciaments els que han motivat algunes de les últimes modificacions de la LEC.⁸⁷ La possibilitat d'intervenció d'ofici de l'òrgan jurisdiccional en matèria d'execució ha estat examinada en diverses ocasions pel TJUE.

L'any 2013, en resposta a una qüestió prejudicial plantejada per un jutjat espanyol, es va dictar la sentència del cas Aziz,⁸⁸ en la qual el TJUE comença recordant la ja consolidada jurisprudència sobre l'obligació del jutge nacional d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu de qualsevol clàusula contractual tan aviat com disposi dels elements de fet i de dret necessaris, inclús quan les parts no ho hagin demanat expressament. A partir d'aquesta convicció, conclou que la normativa espanyola reguladora de l'execució hipotecària no s'ajusta al principi d'efectivitat, atès que fa impossible o excessivament difícil aplicar la protecció que la Directiva 93/13/CEE pretén conferir als consumidors. La regulació de l'execució hipotecària vigent llavors requeria que el consumidor que volgués oposar l'abusivitat d'una clàusula contractual hagués d'iniciar un procediment declaratiu que, endemés, no tenia efectes suspensius de l'execució. Per a donar compliment a la sentència del cas Aziz, el legislador espanyol va promulgar la Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social. Amb la reforma de la LEC que aquesta llei provoca, s'adapta el procediment executiu a la jurisprudència del TJUE. Tanmateix, l'efecte dels pronunciaments del TJUE només se circumscriu a l'execució de títols extrajudicials.

La Llei 1/2013 esmentada instaura en matèria d'execució un doble control de l'abusivitat de les clàusules contractuales: d'ofici i a instància d'una part. En el primer cas, pel que fa a les disposicions generals sobre l'execució ordinària de títols extra-

la existencia de cláusulas abusivas es un instrumento de política legislativa por el que, a través de la materialización del derecho procesal, se pretende la realización de unos intereses que el legislador europeo considera de orden público.

86. Jordi NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II: Proceso civil*, València, Tirant lo Blanch, 2022, p. 440-445, relaciona el risc d'indefensió amb la manca de possibilitat de rebatre l'argumentació del jutge.

87. Llei 1/2013, del 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social; BOE, núm. 116 (15 maig 2013). Llei 8/2013, del 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes; BOE, núm. 153 (27 juny 2013). Llei 42/2015, del 5 d'octubre, de reforma de la Llei 1/2000, del 7 de gener, d'enjudiciament civil; BOE, núm. 239 (6 octubre 2015).

88. STJUE C-415/11, del 14 de març de 2013 (cas Aziz) (ECLI:EU:C:2013:164).

judicials, es reforma l'article 552 LEC afegint un nou paràgraf a l'apartat primer.⁸⁹ Pel que fa a les possibilitats d'oposició per la part executada, es preveu l'existència de clàusules abusives com a motiu d'oposició a l'execució ordinària (art. 557.1.7a LEC). No obstant les virtuts d'aquesta reforma, pel que fa a la protecció dels consumidors quedava encara sense reconèixer l'apreciació d'ofici pel jutge d'execució del caràcter abusiu d'una clàusula contractual en el tràmit de decisió sobre el despatx d'execució d'un laude arbitral. L'examen de l'abusivitat *ex officio* pel jutge d'execució restava circumscrit a les clàusules incloses en els títols executius previstos en l'article 557.1 LEC, entre els quals, com se sap, no s'inclouen els laudes o resolucions arbitrals.⁹⁰

Tal com succeïa el 2013, dos anys després es tornà a reformar la LEC. En aquest cas, com s'expressa en el preàmbul de la Llei 42/2015, del 5 d'octubre, es donava compliment a la STJUE del 14 de juny de 2012 (cas Banco Español de Crédito).⁹¹ El TJUE va sentenciar, en aquesta ocasió, que la regulació del procés monitori a Espanya, en relació amb la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules abusives, no era conforme al dret de la Unió Europea en matèria de protecció dels consumidors perquè no permetia que el jutge que coneixia d'un procés monitori examinés *ex officio* el caràcter abusiu d'una clàusula continguda en un contracte de consum. Per aquesta raó, es va haver de modificar l'article 815 de la LEC.

La reforma operada per la Llei 42/2015, àdhuc, no es limita només al procediment monitori —o, com a mínim, aquesta és la intenció plasmada en el preàmbul—. S'exposa, en aquest sentit, que amb la modificació legislativa es dona cobertura a la STJUE del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom)⁹² i al criteri consolidat en la jurisprudència sobre la possibilitat de control judicial d'ofici de les clàusules abusives en el tràmit d'execució dels laudes arbitrals.⁹³ Examinarem, a continuació, les modificacions concretes dutes a terme en matèria d'execució, per tal de comprovar en quina mesura s'incorpora la jurisprudència citada.

L'article 552 LEC, precepte on es regula la denegació del despatx d'execució, incorpora, des de la reforma del 2015, la previsió expressa de l'obligació del tribunal

89. Posteriorment es va tornar a reformar per mitjà de la Llei 8/2013, del 26 de juny, en el sentit que es modifica el termini previst per a donar audiència a les parts, que passa de ser de cinc a quinze dies. Igualment s'especifica que el termini de cinc dies per a resoldre, després de donar audiència a les parts, fa referència a dies hàbils.

90. Trobem una opinió contrària a Manuel Díaz MARTÍNEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, tom II, Art. 256 a 579, València, Tirant lo Blanch, 2023, p. 2686: «Aunque se ha pretendido limitar, lo cierto es que el último apartado amplía los supuestos y permite, como no puede ser de otra forma, que se realice un control de dichas cláusulas también en los demás supuestos».

91. STJUE C-618/10, del 14 de juny de 2012 (cas Banco Español de Crédito) (ECLI:EU:C:2012:349).

92. STJUE C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615).

93. Segons la nostra opinió, el que es desprèn de la sentència del cas Asturcom no és l'obligació del jutge d'execució del laude de controlar d'ofici la no existència de clàusules abusives, sinó que s'afirma el deure que sí que té el jutge que coneix de l'acció d'anul·lació, tal com exposarem en l'epígraf 4.2.1.

d'examinar d'ofici l'abusivitat de les clàusules incloses en els títols executius. Ara bé, com s'observa de la lectura del dit precepte, l'examen d'ofici es limita en funció de la tipologia del títol executiu: el tribunal haurà d'examinar d'ofici l'abusivitat de les clàusules només quan aquestes estiguin incloses en un dels títols executius esmentats en l'article 557.1 LEC.⁹⁴ Per tant, en queden exclosos, malgrat la voluntat expressada pel legislador en el preàmbul de la Llei 42/2015, els laudes i les resolucions arbitral. Igualment, en queden fora les sentències fermes, els acords de mediació, les resolucions judicials que aprovin o homologuin transaccions judicials o acords, i la interlocutòria de quantitat màxima reclamable (art. 517.2.1r, 2n, 3r i 8è LEC).⁹⁵

Així mateix, per a l'àmbit d'estudi que ens ocupa, cal esmentar la disposició transitòria segona de la Llei 42/2015, que preveu un règim transitori per a l'execució dels processos monitoris i els laudes arbitral. Com que la reforma no incorpora la possibilitat que el jutge que despatxa l'execució d'un laude examini d'ofici l'abusivitat de les clàusules contingudes en els títols que fonamenten la resolució arbitral, el fet que s'estableixi un règim de transitorietat genera certa confusió. La perplexitat que pot provocar el fet de tenir un règim transitori sense una regulació definitiva sobre la matèria és interpretada per la doctrina com un error en la tramitació parlamentària que explicaria la desaparició del tercer paràgraf en l'article 552.1 LEC.⁹⁶ Paràgraf que estaria dedicat, precisament, al control d'ofici dels laudes en matèria d'execució.⁹⁷

Per bé que no trobem grans discussions quant a la interpretació descriptiva de la reforma legislativa —hi ha un consens general respecte de la limitació de la facultat de control *ex officio* dels títols extrajudicials—,⁹⁸ la doctrina no és unànime a l'hora de

94. Títols executius previstos en els números 4, 5, 6, 7 i 9 de l'apartat 2 de l'article 517 LEC.

95. Rafael HINOJOSA SEVILLA, «El arbitraje y los errores legislativos».

96. Vegeu una explicació profusa sobre com s'arriba a produir aquest error a Rafael HINOJOSA SEVILLA, «El arbitraje y los errores legislativos».

97. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», p. 79.

98. Trobem una opinió contrària, basada en els límits que determinen els art. 6.3 del Codi civil espanyol (CC) i 11.2 de la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ) a Diana MARCOS FRANCISCO, «La ejecución del laudo arbitral de consumo: ¿cabe denegarla por invalidez del convenio arbitral?», *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2 (2009), p. 11-12:

[...] la obligatoriedad de despachar ejecución prodría venir matizada por preceptos como el art. 6.3 del Código Civil y 11.2 de la LOPJ, que permitirían al juez denegarla «cuando se trata de un laudo dictado sobre materias que no pueden plantearse por vía del arbitraje, o cuando se atentare al orden público o cuando nos hallemos ante algunos de los supuestos del art. 45.1 LA»: en virtud del primer precepto, no es convalidable un laudo dictado en contra de normas de *ius cogens* porque atentaría contra los principios más elementales de nuestro derecho positivo; y, a la luz del segundo precepto mencionado, se podría posibilitar al juez dejar de ejecutar una petición de ejecución «si considera que a través del laudo se ejerce manifiesto abuso de derecho o entraña fraude de ley o procesal».

valorar l'opció legislativa. Part de la doctrina considera justificada la limitació pel fet que, en el cas dels títols judicials i arbitral, la possibilitat d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu de les clàusules ja ha pogut valorar-se en el procés declaratiu. En conseqüència, considerant els efectes de cosa jutjada que posseeixen tant les sentències com els laudes, el procés executiu no és l'espai idoni per a una nova revisió.⁹⁹

Si ens centrem en l'execució dels laudes arbitral, hauríem de qüestionar l'opinió exposada anteriorment. El control d'ofici dels títols executius s'encomana, segons la jurisprudència europea, als òrgans jurisdiccionals. En el cas dels laudes, el contacte amb el sistema jurisdiccional no es produeix fins que la part afavorida pel laude n'insta l'execució o, si escau, fins que alguna de les parts exerceix l'acció d'anul·lació (art. 41 LA).¹⁰⁰ Partint d'aquesta premissa, compartim l'opinió de part de la doctrina, així com de nombrosa jurisprudència menor,¹⁰¹ que, malgrat el buit legal, denega el despatx de l'execució del laude quan observa que aquest prové de clàusules que podrien considerar-se abusives.¹⁰²

99. Vegeu José María MARTÍN FABA, «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas: la doctrina es clara y precisa desde el caso Pannon. STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19 (2016), p. 231:

[...] la razón de ser de la limitación del examen de oficio de cláusulas abusivas por parte del juez a la hora de despachar ejecución de determinados títulos judiciales —y arbitrales— y no en el despacho con causa en títulos extrajudiciales como pólizas y escrituras, es por la sencilla razón de que en aquellos ha habido con anterioridad un proceso declarativo en el que se ha podido discutir la existencia de cláusulas abusivas en el contrato. Concretamente, en el caso de los laudos el árbitro ha podido examinar en el iter del procedimiento la existencia de cláusulas abusivas y pronunciarse sobre ellas.

100. Vegeu també José María MARTÍN FABA, «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas», p. 231:

[...] el sistema arbitral tiene su propia regulación, con garantías en materia de independencia e imparcialidad. A mi juicio, la revisión de fondo del laudo —concretamente por la existencia de cláusulas abusivas— solo debería hacerse a través de los órganos jurisdiccionales que entienden de la acción de anulación, ya que, en otro caso, se puede correr el riesgo de trivializar la institución arbitral.

101. Entre d'altres, interlocutòries de l'Audiència Provincial de Barcelona del 8 de febrer de 2006 (Secció Quinzena) (AC 2006/2041) i del 2 de juliol de 2008 (Secció Quinzena) (AC 2008/1690), i de Madrid del 28 d'octubre de 2008 (Secció Vintena) (JUR 2009/35299).

102. Alberto José LAFUENTE TORRALBA, «Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015), p. 197.

És possible, emperò, tal com assenyala l'advocat general de la UE en les conclusions del cas Aziz, que en els processos d'execució —que es desenvolupen seguint un esquema simplificat— el jutge no estigui en condicions de tenir coneixement dels elements de fet i de dret necessaris.¹⁰³ Aquesta circumstància que acabem d'exposar, no obstant això, si bé pot rebaixar el nombre de casos en què el jutge d'execució pugui efectivament emprendre la revisió, en cap cas justifica que no es reguli, d'entrada, la possibilitat de revisar d'ofici. Ara bé, atès que el procés d'execució forçosa només s'activarà quan es produeixi un incompliment del laude, no sembla una solució òptima.

4.1.2. *El principi d'equivalència. Les llacunes de la Llei d'enjudiciament civil*

En l'epígraf anterior hem arribat a la conclusió que el text vigent de la LEC no permet al jutge d'execució d'un laude arbitral revisar d'ofici el contingut d'aquest títol executiu. *A priori* aquesta previsió sembla contrària a la jurisprudència del TJUE. Com hem apuntat, és consolidat el criteri jurisprudencial que els òrgans jurisdiccionals tenen el deure d'actuar d'ofici tan aviat com disposin dels elements de fet i de dret necessaris per a identificar l'abusivitat de les clàusules que fonamenten el títol executiu. I no només l'abusivitat, sinó que, com exposarem seguidament, el TJUE ha estès aquesta obligació a altres vulneracions del dret europeu, sempre que afectin l'interès públic.¹⁰⁴

Ara bé, l'obligació de l'òrgan jurisdiccional d'actuar d'ofici és condicionada pel TJUE a un altre principi: el d'equivalència. Del nucli d'aquest principi emana l'obligació dels estats membres de tenir una regulació processal que no sigui menys favorable per a l'aplicació del dret europeu que l'aplicable a situacions similars de caràcter intern.¹⁰⁵

Tot i formular-se com una obligació addicional, el principi d'equivalència acaba actuant com un condicionant del principi d'efectivitat en certs pronunciaments del TJUE. Vegem-ho. En la STJUE del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom), apel·lant al principi d'equivalència s'imposa als jutges que coneguin d'una demanda d'execució forçosa d'un laude arbitral, el deure d'apreciar d'ofici l'abusivitat sempre que les nor-

103. Conclusions de l'advocada general del 8 de novembre de 2012, STJUE C-415/11 (cas Aziz) (ECLI:EU:C:2012:700), ap. 67.

104. Vegeu, per exemple, les STJUE C-227/08, del 17 de desembre de 2009 (cas Martín Martín) (ECLI:EU:C:2009:792) i C-429/05, del 4 d'octubre de 2007 (cas Rampion) (ECLI:EU:C:2007:575).

105. Entre d'altres, vegeu les STJUE C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas Mostaza Claro) (ECLI:EU:C:2006:675); C-243/08, del 4 de juny de 2009 (cas Pannon) (ECLI:EU:C:2009:350); C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615), i C-168/15, del 28 de juliol de 2016 (cas Milena Tomášová) (ECLI:EU:C:2016:602).

mes processals internes també permetin apreciar d'ofici la contrarietat de la clàusula amb les normes nacionals d'ordre públic. Així s'expressa en la sentència esmentada:

[...] en la medida en que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.¹⁰⁶

Podem trobar aquesta mateixa formulació en pronunciaments posteriors. De manera molt evident, en la STJUE del 28 de juliol de 2016 (cas *Tomasova*) el Tribunal torna a declarar que, en cas que el jutge nacional que conegui d'una demanda d'execució forçosa d'un laude disposi dels elements de fet i de dret necessaris, està obligat a fer un control d'ofici del caràcter abusiu de les clàusules contractuals que serveixen de fonament a la resolució quan «con arreglo a las normas procesales nacionales, deba, en el marco de un procedimiento de ejecución similar, apreciar de oficio si esas cláusulas son contrarias a las normas nacionales de orden público».¹⁰⁷ És a dir, només si el jutge competent per a executar el laude pogués, conforme a la normativa processal espanyola, actuar d'ofici i denegar l'execució perquè el laude contravé les normes d'ordre públic, hauria de fer-ho també per a apreciar l'abusivitat de les clàusules contingudes en el títol executiu.¹⁰⁸

106. STJUE C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas *Asturcom*) (ECLI:EU:C:2009:615), ap. 53. És curiós que el paràgraf acabi indicant: «[...] véase, en este sentido, la sentencia *Pannon GSM*, antes citada, apartado 32». L'apartat 32 de la STJUE C-243/08, del 4 de juny de 2009 (cas *Pannon*) (ECLI:EU:C:2009:350), no conté cap referència al principi d'equivalència, sinó tan sols al d'efectivitat, i el matís és rellevant per la conseqüència que pot tenir:

Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.

107. STJUE C-168/15, del 28 de juliol de 2016 (cas *Milena Tomášová*) (ECLI:EU:C:2016:602), ap. 32.

108. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», p. 79.

En relació amb el principi d'equivalència, la sentència esmentada del cas Asturcom conté un altre pronunciament que no pot passar desapercebut. El Tribunal conclou:

[...] según el Gobierno español, el juez que conoce del procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme es competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público.¹⁰⁹

Si bé el TJUE obre una escletxa a l'hora de valorar la normativa processal nacional condicionant l'obligació dels òrgans jurisdiccionals d'actuar d'ofici només al compliment del principi d'equivalència, ho fa amb el convenciment que la norma espanyola imposa al jutge el deure de posar fi a l'execució del laude arbitral quan aquest contravingui la llei o l'ordre públic.¹¹⁰ I, com hem vist, la realitat dista d'aquesta idea.

A la pregunta sobre si la normativa processal espanyola és contrària a la jurisprudència del TJUE, doncs, no hi podem donar una resposta clara. Si l'argumentació del TJUE en relació amb el principi d'equivalència és interpretada rígida, no sorgeix cap obligació d'actuar *ex officio* per als òrgans jurisdiccionals dels estats membres que no reconguin, en els seus ordenaments nacionals, la possibilitat de denegar l'execució forçosa *motu proprio*.¹¹¹ No obstant això, aquesta interpretació sembla oposar-se a la finalitat del principi d'efectivitat: depurar els ordenaments processals nacionals de totes les normes que facin impossible o excessivament difícil l'exercici dels drets conferits pel dret europeu.

El raonament del TJUE en referència al principi d'equivalència pot resultar problemàtic perquè sembla contrari a la uniformització, però tan sols promou la consistència interna entre el dret europeu i el dret nacional. En aplicació del principi d'equivalència, si un tribunal nacional conclou que no està obligat sota les normes processals nacionals a qüestionar d'ofici la infracció del dret europeu, tampoc no estarà obligat a fer-ho sota l'empara de les normes europees. Per tant, si una norma processal és acceptable o no, d'acord amb el principi d'equivalència, només dependrà de l'ordenament intern.¹¹² Sembla poc consistent una conclusió com ara que les mancances de la normativa processal nacional aconseguixin pal·liar la necessitat de reforma d'aquesta mateixa normativa per tal de fer-la més efectiva des del punt de vista de la garantia dels drets.

109. STJUE C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615), ap. 55.

110. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», p. 79.

111. Martin EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 839.

112. *Ibidem*.

4.1.3. *El Decret llei 6/2023, del 19 de desembre. Quina novetat aporta?*

La LEC, en la seva versió vigent, no conté cap disposició relativa a l'apreciació d'ofici del caràcter abusiu de les clàusules contingudes en un laude arbitral pel jutge competent per a executar-lo. Probablement, aquesta omisió és producte d'un error durant la tramitació parlamentària de la reforma esmentada. El recent Decret llei 6/2023, del 19 de desembre,¹¹³ que entrarà en vigor el 20 de març de 2024, modifica novament alguns dels articles relatius al procediment d'execució forçosa continguts en la LEC. Així doncs, si l'omisió respecte de la possible revisió dels laudes arbitrals respon a un error involuntari, aquesta reforma profereix una nova oportunitat per a esmenar-la. A continuació examinarem què aporten, en relació amb l'execució dels laudes arbitrals, les modificacions dutes a terme en els articles 551 i 552 LEC.

L'article 551 LEC¹¹⁴ regula l'ordre general d'execució i el despatx de l'execució. L'apartat primer del precepte estableix¹¹⁵ que no considera abusives les clàusules contingudes en els títols extrajudicials que serveixin de fonament a l'execució o que determinin la quantitat exigible. En consonància amb aquesta novetat, l'apartat segon de l'article 551 LEC detalla que la interlocutòria que contingui l'ordre general d'execució haurà d'expressar que les clàusules que serveixen de fonament a l'execució i que determinen la quantitat exigible, inserides en títols executius extrajudicials, no són abusives sempre que l'execució es fonamenti en un contracte conclòs entre un empresari i un consumidor. Per acabar, el darrer apartat de l'article, referit als recursos contra la interlocutòria d'execució, afegeix una referència específica a l'examen d'abusivitat. Les diferents reformes operades en l'article 551 LEC aparentment no representen cap novetat respecte del règim de revisió d'ofici ja previst en l'article 552 LEC: es continua limitant l'examen d'ofici del tribunal als títols executius extrajudicials.¹¹⁶

113. Reial decret llei 6/2023, del 19 de desembre, pel qual s'aproven mesures urgents per a l'execució del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència en matèria de servei públic de justícia, funció pública, règim local i mecenatge (BOE, núm. 303 [20 desembre 2023]).

114. Modificat per l'article 103.105 del Reial decret llei 6/2023, del 19 de desembre.

115. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», p. 74, critica que l'actuació d'ofici només se circumscriu al moment del despatx de l'execució: «[...] en las reformas procesales a que se acaba de aludir, la actuación de oficio se circumscribe al momento de presentación de la demanda/despacho de la ejecución, pero, en realidad, la actuación del juez *sponte sua* debería ser posible en cualquier fase o trámite del proceso o incluso en instancias ulteriores».

116. A diferència de la remissió que fa l'article 552 LEC als títols esmentats en l'article 557 LEC (entre els quals, evidentment, no hi ha els laudes), l'article 551 LEC només anomena els «títols executius extrajudicials», sense cap més referència. Seria possible discutir si els laudes s'han de considerar títols executius extrajudicials, però la doctrina més autoritzada en la matèria ho nega. En aquest sentit, vegeu Jordi NIEVA FENOLL, *Derecho procesal II: Proceso civil*, i Víctor MORENO CATENA, «La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales», *Estudios de Derecho judicial*, núm. 53 (2004).

La previsió expressa del control d'ofici per part del tribunal d'execució és —ho era abans de la reforma i ho continua essent després d'aquesta— l'objecte del paràgraf segon de l'article 552.1 LEC. Igualment, la limitació prevista abans respecte de quins títols executius eren revisables (els esmentats en l'art. 557.1 LEC) continua idèntica. Així doncs, els laudes arbitrals, com que no queden compresos en l'article 557.1 LEC (el títol del qual és, precisament, «Oposició a l'execució fundada en títols no judicials ni arbitrals»), resten exclosos també de l'examen d'ofici per part del tribunal que ha de despatxar l'execució.

La modificació que experimenta l'article 552 LEC¹¹⁷ és l'addició d'un apartat quart referit expressament als contractes de consum. De la lectura del precepte es desprèn que la previsió respecte dels contractes de consum continua circumscrivint-se, tan sols, als títols executius esmentats en l'article 557.1 LEC. A més, els terminis previstos (quinze dies per a donar audiència a les parts i cinc per a resoldre) són idèntics als del règim general establert en l'article 552.1 LEC. Així doncs, ens preguntem, d'una banda, quina innovació pretén —ja que el Decret llei 6/2023 no l'especifica— i quina millora assoleix la modificació. I, de l'altra, per quin motiu no s'ha vehiculat, mitjançant aquesta reforma recent, l'ampliació de la revisió d'ofici també als laudes arbitrals.

Finalment, és necessari indicar que l'article 556 LEC, referit a l'oposició a l'execució de resolucions arbitrals, entre d'altres, no patirà cap alteració amb l'entrada en vigor del Decret llei 6/2023. És a dir, tal com succeïa fins ara, aquest precepte continua sense considerar com a causa d'oposició a l'execució dels laudes arbitrals la vulneració de normes imperatives de consum o d'ordre públic. Igualment, en cas que ho preveïés, disposar el pes d'al·legar aquest motiu en el consumidor, mitjançant el tràmit d'oposició, i no establir el deure del tribunal d'apreciar-lo d'ofici, continuaria sent problemàtic en vista de la jurisprudència del TJUE sobre el principi d'efectivitat.

4.1.4. *L'execució dels laudes arbitrals: disfunció entre procediment i resultat*

El règim de la revisió *ex officio* en matèria d'execució previst en la LEC ens situa davant d'una dicotomia evident entre l'execució de títols extrajudicials i la de títols judicials. Part de la doctrina explica aquesta divisió basant-se en l'existència (o no) d'un procediment declaratiu anterior que dona lloc al títol executiu.¹¹⁸ És a dir, en el cas dels títols executius extrajudicials, com que no ha existit un procediment declaratiu

117. Modificat per l'article 103.106 del Reial decret llei 6/2023, del 19 de desembre.

118. José María MARTÍN FABA, «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas», p. 231.

anterior on s'hagin pogut instaurar garanties —com el control d'ofici— respecte dels drets substantius, és necessari assegurar un major control en fase d'execució.

Si adoptem aquesta perspectiva, ens adonarem que la qüestió relacionada amb l'arbitratge no està ben resolta. Com s'ha exposat *supra* (subapartat 3.1), l'arbitratge s'identifica amb el procés jurisdiccional pel que fa al resultat, però no podem afirmar que el procediment sigui un equivalent jurisdiccional. Per aquest motiu, el principi d'efectivitat no és d'aplicació al procediment arbitral. És a dir, es troba a cavall de la jurisdiccionalitat i la no jurisdiccionalitat; entre els títols executius judicials i els extrajudicials. Aquesta disfunció entre procediment i resultat planteja problemes a l'hora d'articular les garanties necessàries en matèria d'execució. Si bé durant el procediment arbitral no és possible establir el deure de l'òrgan d'actuar d'ofici perquè li manca la característica jurisdiccional, tampoc no pot fer-ho el jutge d'execució perquè el laude —títol executiu— s'assimila als títols judicials. Coherentment, els laudes i les resolucions arbitral no queden coberts per les previsions dels articles 551 i 552 LEC.

Arribades a aquest punt, només ens queda preguntar-nos per què el legislador no ha previst la possibilitat de control *ex officio* dels laudes pel jutge d'execució, especialment en els casos de consum. El que en la reforma del 2015 semblava un error en la tramitació parlamentària, podria haver-se corregit amb l'última modificació de la LEC. Però no ha estat així.

Descartat el control durant el procediment arbitral, així com en la fase d'execució, només ens queda una escletxa per explorar: la possibilitat d'actuar *ex officio* en el procediment de l'acció d'anul·lació. Si tampoc, mitjançant aquest instrument, és possible el control d'ofici de l'aplicació efectiva del dret europeu de consum que reclama el TJUE en la seva jurisprudència, serà molt difícil justificar que l'objectiu que emmarca el principi de legalitat previst per la Directiva RAL no és res més que música celestial.

4.2. ACCIÓ D'ANUL·LACIÓ

¿És l'acció d'anul·lació l'instrument que permet un control efectiu del compliment del principi de legalitat? ¿Pot el tribunal, a través d'aquesta acció, controlar d'ofici que no s'han vulnerat normes imperatives de dret de consum? La jurisprudència del TJUE¹¹⁹ és clara respecte de la necessitat que els ordenaments processals nacionals permetin que el tribunal que coneix de l'acció d'anul·lació del laude —en el cas espanyol, els tribunals superiors de justícia (art. 8.5 LA)— pugui revisar d'ofici la conformitat de la resolució amb el dret europeu de consum. Més enllà d'examinar

119. Vegeu especialment les STJUE C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas Mostaza Claro) (ECLI:EU:C:2006:675), i C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615).

la possibilitat teòrica, intentarem també, des d'un punt de vista empíric, comprovar si, a la pràctica, l'acció d'anul·lació serveix per a fer aquest control.

De manera prèvia, cal indicar que la interposició de l'acció d'anul·lació no té, en principi, efectes suspensius de l'executivitat del laude. És a dir, el laude serà igualment executable encara que s'exerceixi l'acció d'anul·lació (art. 45 LA).¹²⁰ Així doncs, tot i que puguem acabar conclouent que l'acció d'anul·lació és una via plausible per a la revisió del compliment del principi de legalitat, l'execució forçosa del laude que es pot haver produït paral·lelament i simultàniament podria tenir conseqüències irreparables per a l'executat. És cert, emperò, que es preveu la possibilitat que l'executat sol·liciti la suspensió de l'execució, condicionada a l'oferiment de caució. Per tant, amb un cost que pot suposar, en molts casos, una barrera d'entrada.

4.2.1. *L'acció d'anul·lació del laude en l'ordenament espanyol. Complex amb les exigències del principi d'efectivitat?*

Contra un laude definitiu pot exercitar-se l'acció d'anul·lació en els termes previstos en el títol VII de la Llei d'arbitratge (art. 40 LA). Amb l'aprovació de la Llei 60/2003 es va suprimir definitivament l'expressió *recurs d'anul·lació* per a referir-se a aquest instrument. Tal com la mateixa exposició de motius de la Llei 60/2003 indica, s'evita l'ús del terme *recurs* perquè resulta tècnicament incorrecte. Amb l'acció d'anul·lació s'inicia un nou procés, autònom, d'impugnació de la validesa del laude. No ens trobem davant d'un recurs, no és una segona instància que permeti la revisió de l'assumpte demanant a un tribunal *ad quem* un nou pronunciament sobre el fons. El seu objecte és, en canvi, fer valdre la nul·litat del laude per motius aliens a l'encert en la decisió de l'òrgan arbitral.¹²¹

Per a una millor comprensió de l'abast de l'acció de nul·litat és interessant advertir que s'integra dins de les funcions de suport i control que els òrgans judicials brinden a l'arbitratge. La intervenció judicial en els assumptes sotmesos a arbitratge ha de limitar-se als procediments de suport i control previstos expressament per la llei. Es tracta d'una intervenció necessària per a garantir la resolució de litigis en situacions de conflicte que els sistemes arbitral no poden resoldre autònomament. En concret, l'acció d'anul·lació respon a la necessitat d'un control judicial elemental del compliment de les exigències formals del procediment arbitral i del respecte de l'ordre

120. Juan Antonio XIOL RÍOS, «Artículo 40. Acción de anulación del laudo», a Carlos GONZÁLEZ-BUENO (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, p. 800: «La acción de anulación persigue obtener un fallo de carácter constitutivo derivado de la declaración de nulidad o invalidez de un laudo que hasta ese momento ha venido produciendo sus efectos por tener carácter definitivo y ejecutivo»

121. Juan Antonio XIOL RÍOS, «Artículo 40. Acción de anulación del laudo», p. 795.

públic.¹²² Entenem que quan es vulnera una norma imperativa de consum i es pretén posar remei a tal fet mitjançant una acció d'anul·lació, el que es busca no és una revisió del fons per desacord amb la decisió, sinó més aviat el control d'una irregularitat en el procés (la transgressió del principi de legalitat) que pot tenir incidència en el respecte de l'ordre públic. Ara bé, no pot negar-se que si és la decisió sobre el fons el que pot implicar una vulneració de l'ordre públic, és plausible que l'examen del motiu de nul·litat obligui a tocar, tangencialment, el fons de l'assumpte.¹²³

En la línia del que acabem d'indicar es pronuncia el TJUE en la sentència del cas *Mostaza Claro*, on afirma:

[...] la Directiva debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.¹²⁴

Veiem, doncs, que assenyala l'actuació d'ofici per part del tribunal que coneix de l'acció d'anul·lació i requereix, així mateix, per al compliment del principi d'efectivitat, cert coneixement sobre el fons de l'assumpte.

Posteriorment, en la sentència del cas *Asturcom* el TJUE emet un judici valoratiu sobre la regulació de l'acció d'anul·lació del laude en l'ordenament espanyol, ja que afirma de manera clara:

[...] la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho comunitario [...]. En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. [...] A este respecto, es importante señalar que, en el presente asunto, no se ha afirmado en absoluto que las normas procesales nacionales que regulan el ejercicio de la acción de anulación de un laudo arbitral, y en particular el plazo de dos meses señalado a tal efecto, no fuesen razonables [...]. En tales circunstancias, dicho plazo para el ejercicio de la acción resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que no imposibilita ni dificulta excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores. [...] A la luz de las anteriores consideraciones, procede declarar que las normas procesales

122. Juan Antonio Xiol Ríos, «Artículo 40. Acción de anulación del laudo», p. 798.

123. *Ibidem*, p. 801.

124. STJUE C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas *Mostaza Claro*) (ECLI:EU:C:2006:675), ap. 39.

establecidas por el régimen español de protección de los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas no imposibilita ni dificulta excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores.¹²⁵

No obstant l'evident conclusió del TJUE favorable a la conformitat de la regulació espanyola de l'acció d'anul·lació del laude amb el dret europeu, es basa només en una valoració dels terminis d'interposició de l'acció. Si interpretem els diferents pronunciaments del TJUE de manera sistemàtica, creiem que per a poder concloure que l'ordenament processal espanyol és conforme amb la jurisprudència europea cal que, efectivament, la regulació de l'acció d'anul·lació permeti al tribunal que en coneix entrar d'ofici a examinar les possibles infraccions del dret comunitari que es puguin haver comès en la resolució.

Considerem rellevant, així mateix, el clam a l'autoresponsabilitat¹²⁶ que efectua el TJUE en la sentència del cas Asturcom, com a contrapès del principi d'efectivitat. Reconeix el valor d'una institució com és la cosa jutjada i conclou que el dret europeu de consum no cerca proveir els consumidors d'una protecció absoluta.¹²⁷ El deure d'actuar *ex officio* que tenen els òrgans jurisdiccionals en certs casos no pretén suplir

125. STJUE C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615), ap. 41-48.

126. En relació amb aquest principi d'autoresponsabilitat, no és sobrer recordar que el nostre ordenament reconeix, en l'article 111-8 CCCat, la doctrina dels actes propis, segons la qual ningú pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual. De fet, la doctrina dels actes propis no deixa de ser una concreció del principi general de la bona fe (art. 111-7 CCCat).

127. STJUE C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615), ap. 34:

En tales circunstancias, es preciso determinar si la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas obliga al juez que conoce del procedimiento ejecutivo a brindar una protección absoluta al consumidor, aun cuando éste no haya ejercitado acción judicial alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada.

I l'ap. 47 de la mateixa sentència:

En cualquier caso, el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia Mostaza Claro, antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme.

íntegrament l'absoluta passivitat del consumidor, sinó tan sols reequilibrar el desequilibri d'origen sobre el qual es construeixen les relacions de consum.¹²⁸

4.2.2. *Els motius d'anul·lació (art. 41 de la Llei d'arbitratge). La interpretació del concepte d'ordre públic per tal de donar compliment a la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea*

El compliment del principi d'efectivitat requereix que les normes que regulen l'acció d'anul·lació permetin, si escau, el control d'ofici del laude per part del tribunal que coneix de l'acció. L'article 41 LA estableix, a mode de *numerus clausus*, els motius que poden donar lloc a l'anul·lació del laude, entre els quals es troba que el laude sigui contrari a l'ordre públic (art. 41.1f LA). Un motiu que, per indicació de l'apartat segon de l'article 41 LA, podrà ser apreciat d'ofici pel tribunal que conegui de l'acció d'anul·lació.¹²⁹ Atès que la llista de motius es configura de manera tancada, l'admissió de qualsevol motiu diferent dels previstos infringiria el principi de cosa jutjada.¹³⁰

Que la Llei d'arbitratge reguli expressament la possibilitat del tribunal que coneix de l'acció d'anul·lació d'apreciar d'ofici la vulneració de l'ordre públic és un fet que s'alinea amb la jurisprudència del TJUE quant al principi d'efectivitat del dret de consum. Igualment, i de manera contrària al que succeeix en matèria d'execució, aquesta previsió implica complir amb el principi d'equivalència a què el TJUE condiciona l'obligació dels òrgans jurisdiccionals d'actuar d'ofici. En la sentència del TJUE del cas Mostaza Claro es fa palesa, de manera molt evident, aquesta qüestió:

[...] el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de

128. En canvi, l'advocada general, en les seves conclusions al cas Asturcom, es mostra certament més protectora basant-se en el dret de defensa en lloc del principi d'efectivitat. Així ho assenyala Martin EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 836.

129. També ho podran ser els motius recollits en les lletres b («Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos») i e («Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje»).

130. Juan Antonio XIOL RÍOS, «Artículo 41. Motivos», a Carlos GONZÁLEZ-BUENO (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, p. 809: «En suma, los motivos en que se funda la acción de anulación son *numerus clausus*, de forma que la admisión de cualquier motivo distinto de los expresamente enumerados en la ley infringiría el principio de cosa juzgada e invariabilidad del laudo y podría redundar en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE».

normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo.¹³¹

Si ens fixem, concretament, en la darrera part del fragment de la sentència que acabem de citar, podrem observar que el TJUE es refereix a les «normas comunitarias de este tipo». És a dir, a les normes comunitàries d'ordre públic. Cal, doncs, que explorem, a través de la jurisprudència del TJUE, quines normes entrarien dins d'aquest concepte i quedarien afectades per l'obligació de control *ex officio*.¹³²

En primer lloc, hem de referir-nos a les normes sobre clàusules abusives. El TJUE ha reiterat en diversos pronunciaments que les normes imperatives de la Directiva 93/13/CEE tenen l'estatus de norma d'ordre públic. Si bé podem trobar aquesta afirmació en altres sentències, per la seva contundència cal citar la sentència del cas Asturcom, que conclou:

[...] dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.¹³³

Amb aquesta afirmació tan clara, a més, el TJUE contribueix a la uniformització dels estàndards dels estats membres quant a la interpretació del concepte d'*ordre públic*.¹³⁴

Amb la Sentència del 4 d'octubre de 2007 (cas Rampion),¹³⁵ el Tribunal mostra que l'opinió referida a la Directiva sobre clàusules abusives també podria aplicar-se a altres disposicions imperatives d'altres directives de dret de consum.¹³⁶ Aquest parer és reafirmat definitivament en la Sentència del 17 de desembre de 2009 (cas Martín Martín),¹³⁷ en la qual el TJUE considera que l'obligació d'informar sobre el dret de desistiment és un assumpte d'interès públic que permet desviacions del principi dis-

131. STJUE C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas Mostaza Claro) (ECLI:EU:C:2006:675), ap. 35.

132. Vegeu una síntesi dels diferents pronunciaments del TJUE en relació amb aquesta qüestió a Martín EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 844.

133. STJUE C-40/08, del 6 d'octubre de 2009 (cas Asturcom) (ECLI:EU:C:2009:615), ap. 52.

134. Martín EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 839.

135. STJUE C-429/05, del 4 d'octubre de 2007 (cas Rampion) (ECLI:EU:C:2007:575).

136. Com a conseqüència d'aquest pronunciament, l'Estat francès va modificar el seu Codi de consum en el sentit següent: «Article 141-4 of the Consumer Code now makes it clear that the court may raise *ex officio* all provisions codified in the Consumer Code, whether or not they are part of public policy» (Martín EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 831).

137. STJUE C-227/08, del 17 de desembre de 2009 (cas Martín Martín) (ECLI:EU:C:2009:792).

positiu; és a dir, que justifica el control d'ofici de l'òrgan jurisdiccional. Així, conclou que els tribunals nacionals només poden actuar d'ofici en casos excepcionals, com ara quan l'interès públic requereix la seva intervenció.¹³⁸ En paraules textuales del TJUE:

La Directiva¹³⁹ garantiza la protección del consumidor teniendo en cuenta precisamente este desequilibrio, estableciendo en su favor, en primer lugar, un derecho de revocación. En efecto, el objetivo de este derecho es precisamente compensar la desventaja que deriva para el consumidor de la negociación fuera de los establecimientos comerciales dándole la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato durante un período de al menos siete días [...]. La obligación de información establecida en el artículo 4 de la Directiva ocupa un lugar central en la estructura general de ésta, como garantía esencial de un ejercicio efectivo del derecho de revocación y, por tanto, del efecto útil de la protección de los consumidores a la que aspira el legislador comunitario [...]. Por consiguiente, esta disposición encierra un interés público que, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 20 de la presente sentencia, puede justificar una intervención positiva del juez nacional con el fin de subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el comerciante en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. En estas circunstancias, procede considerar que, si no se informó debidamente al consumidor de su derecho de revocación, el órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto puede declarar de oficio el incumplimiento de las prescripciones establecidas en el artículo 4 de la Directiva.¹⁴⁰

Aquest cas resulta especialment rellevant per al tema que ens ocupa, ja que es tracta d'una vulneració del dret de desistiment del consumidor. Considerem que l'interès públic que engloba aquest dret, així com la seva vinculació amb l'ordre públic, difícilment no pot predicar-se de qualsevol altra norma imperativa de dret de consum.

Amb les evidències mostrades, hem de concloure necessàriament que l'obligació de control *ex officio* dels òrgans jurisdiccional, derivada del principi d'efectivitat, podria ser aplicable a (gairebé) qualsevol tipus de disposició continguda en normes europees de consum. Consegüentment, perquè la regulació espanyola de l'acció d'anul·lació sigui conforme a la jurisprudència europea cal que permeti aquesta revisió.¹⁴¹ *De lege lata*, considerant els motius previstos en l'article 41 LA, és patent que no es

138. Martín EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 832.

139. Es refereix a la Directiva 85/577/CEE del Consell, del 20 de desembre de 1985, sobre la protecció dels consumidors en el cas de contractes negociats fora dels establiments comercials.

140. STJUE C-227/08, del 17 de desembre de 2009 (cas Martín Martín) (ECLI:EU:C:2009:792), ap. 23-29.

141. El Tribunal Constitucional ha admès, en la recent STC 17/2021, del 15 de febrer, la infracció de normes imperatives com a causa d'anul·lació del laude:

considera de manera expressa com a motiu d'anul·lació la no aplicació de les normes adequades al supòsit de fet controvertit. ¿És possible mantenir aquest estàndard tan estricte respecte dels motius d'anul·lació dels laudes sense contravenir la jurisprudència del TJUE i els requeriments de qualitat de la Directiva RAL?¹⁴² Cal que ens plantegem si la interpretació del concepte d'*ordre públic* pot ser prou extensa¹⁴³ per a incloure la vulneració de qualsevol norma imperativa de dret de consum.

La premissa inicial de què cal partir és que *ordre públic* i *norma imperativa* no són conceptes sinònims.¹⁴⁴ En la consideració d'una norma com a pertanyent a l'ordre públic hi ha un plus valoratiu, per sobre del seu caràcter no dispositiu.^{145,146} Addicionalment, cal notar que el concepte d'*ordre públic* no té un significat unívoc; ni entre estats, ni aplicat a diferents branques de l'ordenament jurídic.¹⁴⁷ Si recorrem a la jurisprudència com a criteri hermenèutic, cal assenyalar que l'escassetat de sentències del TSJC que resolen accions d'anul·lació de laudes de consum no ens permet extreure'n

La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior (FJ 2).

142. Sobre aquesta qüestió, vegeu Marte KNIGEE i Eline VERHAGE, «The impact of the ADR Directive on article 7:904 par. 1 DCC explored», p. 61-87.

143. La doctrina adverteix de l'obligada interpretació ajustada als vertaders sentit i naturalesa dels motius d'anul·lació. Vegeu Juan Antonio XIOL RÍOS, «Artículo 41. Motivos», p. 809:

El carácter cerrado de los motivos, aunque no puede decirse que comporte una interpretación restrictiva de los mismos, obliga a una interpretación adecuada al verdadero sentido y naturaleza de cada uno de ellos, pues no debe darse pábulo a la tendencia (explicable en el ejercicio del derecho de defensa) a tratar de dar una excesiva amplitud a conceptos generales como el de orden público, [...] con la finalidad de forzar al tribunal ordinario a entrar en el conocimiento del fondo del laudo, en contra de la naturaleza reconocida al arbitraje por el ordenamiento jurídico y el consiguiente carácter limitado de la acción de anulación.

144. Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN, «Derecho europeo de consumo y tutela judicial efectiva», p. 263.

145. Juan Antonio XIOL RÍOS, «Artículo 41. Motivos», p. 834.

146. Martin EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 845: «It can be concluded that a rule has to contain at least an element of "fundamentality" and "public interest" in order to be regarded as European public policy».

147. *Ibidem*, p. 843.

conclusions.¹⁴⁸ I si ens fixem en la jurisprudència del TJUE, tal com ja hem apuntat, considera que el control *ex officio* és extensible a matèries molt diverses.¹⁴⁹

El tret distintiu que tenen àmbits com el consum és que dins d'aquestes matèries hi ha aspectes regulats per normes imperatives que, realment, amaguen qüestions d'ordre públic. Es tracta d'una intervenció pública de protecció i salvaguarda del contractant feble, imposada per mandat constitucional (art. 51 CE i 267 TFEU).¹⁵⁰ Una matèria afecta l'ordre públic «cuando está tan íntimamente enraizada con los principios fundamentales de la organización de la comunidad que su régimen jurídico no puede ser modificado por los particulares. Es este enlace íntimo del régimen de una institución con los principios fundamentales de la organización política lo que define el orden público».¹⁵¹ No pot negar-se que el fet que l'article 51 CE, referit a la protecció dels consumidors, estigui situat en el capítol de la CE anomenat «De los

148. Existeix una àmplia disparitat entre tribunals superiors de justícia quant a la consideració de l'ordre públic com a motiu d'anul·lació del laude. S'observa, clarament, en referències com la següent, de la STSJ 29/2020, del 28 de desembre (RJ 2020/5673):

En orden a la cuestión que nos ocupa, la STSJ Illes Balears 7/2019, de 4 de diciembre (JUR 2020, 74464), después de recordar que «el orden público opera así como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, pero en modo alguno puede configurarse a su amparo la acción de nulidad del laudo como una suerte de segunda instancia que produzca el efecto de derivar a la jurisdicción la revisión de todo lo decidido por los árbitros», precisa sin embargo que no cabe confundir el orden público con las normas imperativas. A tal efecto razona que «es cierto que el orden público se manifiesta habitualmente en forma de normas de derecho imperativo, pero no toda ley imperativa forma parte del orden público. Nuestro ordenamiento configura ambos conceptos como límites a la autonomía privada, pero distingue expresamente entre orden público (artículos 1.3, 6.2, 12.3, 594 y 1255 del Código civil) y normas imperativas o prohibitivas (artículos 6.3 y 12.4 del Código civil)», por bien que no deja de mencionar que existen pronunciamientos de otros tribunales que asimilan el orden público con las leyes imperativas (así, la STSJ Madrid de 28 de enero de 2015 (JUR 2015, 79489), seguida de las de 23 de octubre (JUR 2015, 301853) y 17 de noviembre (AC 2016, 2) del mismo año, estimó una acción de nulidad considerando que «el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción legal patente de normas imperativas» basándose en «unos presupuestos jurídicos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables».

149. Martin EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 845: «Since almost any act of secondary legislation can be traced back to article 3 EC (replaced by articles 3-6 TFEU), practically all rules of EU law would pertain to European public policy. Indeed, it is sometimes submitted that all mandatory rules of European law are part of European public policy».

150. Carmen LEONOR GARCÍA PÉREZ, «La motivación del laudo de equidad, p. 323.

151. *Ibidem*, p. 341.

principios rectores de la política social y económica», dins el títol I («De los derechos y deberes fundamentales»), és significatiu, en aquest sentit.

El concepte d'*ordre públic* continua essent, malgrat els esforços doctrinals i jurisprudencials respecte a aquesta qüestió, un concepte vague i indeterminat. És molt difícil —si no impossible— predir quines normes consideraran sota la seva empara els tribunals en casos futurs. Per aquesta raó i atès que ens trobem en un àmbit on es justifica que els òrgans jurisdiccionals es desviïn dels principis fonamentals del procés civil —com el de cosa jutjada o el dispositiu—, part de la doctrina considera qüestionable que el TJUE no hagi establert uns criteris més clars sobre quines normes ha de considerar-se que integren l'ordre públic.¹⁵² En el nostre cas, com que estem avaluant l'acció d'anul·lació com a instrument per a donar compliment al principi de legalitat que emana de la Directiva RAL, entenem que seria convenient —i aportaria seguretat jurídica— la regulació d'un motiu *ad hoc* d'anul·lació del laude referit específicament a la vulneració de normes imperatives de consum.^{153,154}

4.2.3. *El caràcter imperatiu de les normes de consum en el marc del Codi civil de Catalunya (i en el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris)*

La competència legislativa en matèria de dret civil de la Generalitat es troba reconeguda en l'article 129 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), a excepció de les matèries reservades en exclusiva a l'Estat i recollides en l'article 149.1.8a CE, i va ser referendada per la STC 132/2019, que es pronuncià sobre la constitucionalitat

152. Martin EBERS, «ECJ (First Chamber) 6 October 2009», p. 846: «It is regrettable that the Court has as of yet failed to provide a more concrete test to determine which provisions of EU law should be treated as European public policy rules. It is therefore for the Court to clarify this concept in future case law».

153. Juan Antonio XIOL RÍOS, «Artículo 41. Motivos», p. 833-834: «En la tramitación parlamentaria de la Ley 11/2011 se discutió este motivo de anulación. [...] Tampoco se aceptó una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en la que se proponía la sustitución de este motivo de nulidad por otro redactado de la siguiente forma: "Que el laudo se hubiera dictado fuera de plazo con infracción de las normas imperativas o constitucionales"».

154. En contra d'aquesta opinió, vegeu Carmen LEONOR GARCÍA PÉREZ, «La motivación del laudo de equidad», p. 338:

En cuanto a la primera cuestión, es sabido que el art. 41.1 LA no contempla de forma expresa como motivo de anulación la no aplicación de las normas adecuadas al supuesto de hecho controvertido (al margen de las que constituyen orden público y, en su caso, las imperativas), lo que ya había sido puesto de manifiesto por algún autor desaprobando esta opción legislativa, acaso, como en líneas anteriores se expuso, con el objetivo de hacer lo más «irrecorrrible» posible el laudo arbitral.

de la Llei 3/2017, del 15 de febrer,¹⁵⁵ del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes. En relació, per exemple, amb l'aplicació preferent de la regulació catalana del contracte de compravenda i del contracte de subministrament de contingut i serveis digitals, no és sobrer recordar que s'anteposa a la regulació estatal d'aquestes matèries (que resulten d'aplicació supletòria a Catalunya *arg. ex art.* 111-5 Codi civil de Catalunya [CCCat], 13.2 Codi civil espanyol i 149.3 CE, a banda del 110.2 EAC).¹⁵⁶ Certament, el dret civil català té caràcter de dret comú a Catalunya i, per tant, s'aplica supletòriament a altres lleis (art. 111-4 CCCat). Anem a veure el caràcter imperatiu que tenen les normes de consum en el marc del CCCat i, també, en el del TRLGDCU.

La nostra regulació de la compravenda assenyalava, en l'article 621-2 CCCat, que les normes d'aquell capítol són imperatives. En conseqüència, és ineficax qualsevol pacte, clàusula o estipulació que les modifiqui en perjudici del comprador. En una línia similar i en relació amb els contractes de subministrament de continguts i serveis digitals, l'article 621-67.3 CCCat indica que «en els contractes de consum, les normes de la present secció són imperatives. En conseqüència, és ineficax qualsevol pacte, clàusula o estipulació que les modifiqui en perjudici de l'adquirent». Observem aquest caràcter no dispositiu de les normes de consum, també, en el CConsCat, que estableix la irrenunciabilitat dels drets atorgats a les persones consumidores en el seu article 112-3 i declara la nul·litat de qualsevol pacte que els exclougui.¹⁵⁷

El caràcter imperatiu de les normes de consum el va fer palès, sobretot, la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors,¹⁵⁸ en el seu article 25, on assenyalava que si la legislació aplicable al contracte és la d'un estat membre, el consumidor no pot renunciar als drets que li siguin establerts per les disposicions nacionals de transposició de la Directiva. Qualsevol disposició contractual que exclougui o limiti directament o indirectament els drets que la Directiva li reconeix, no vincularà el consumidor. Així, també l'article 10 TRLGDCU destaca el caràcter imperatiu de les normes de consum: «[...] la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código civil».

155. BOE, núm. 304 (19 desembre 2019), p. 137682-137740.

156. La regulació del contracte de compravenda i del subministrament de continguts i serveis digitals té una eficàcia/vigència territorial limitada a Catalunya (art. 111-3 CCCat i art. 14.1 EAC); cfr. M. Espejança GINEBRA MOLINS, «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales», p. 162 i seg.

157. Vegeu també Gerhard WAGNER, «Mandatory contract law: functions and principles in light of the proposal for a directive on consumer rights», *Erasmus Law Review*, vol. 3, núm. 1 (2010), p. 48.

158. OJ L 304.

En concret, si ens fixem en la primera part de la disposició, es relaciona amb una renúncia als drets que fa el mateix consumidor. Ens interessa analitzar quin és l'àmbit d'aplicació d'aquesta impossibilitat de renúncia: «[...] los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios». Aquesta observació és especialment rellevant perquè fa referència a tots els drets reconeguts pel TRLGDCU. Òbviament, en el cas de clàusules no negociades individualment, l'article 10 TRLGDCU és innecessari pel que determina l'article 86.8 TRLGDCU. Això vol dir que l'àmbit d'aplicació de l'article 10 TRLGDCU fa referència a una renúncia de drets no inclosos en una condició general (perquè aquesta renúncia ja seria nul·la per ser abusiva *arg. ex art. 86.7 TRLGDCU*).

4.2.4. *¿És realment efectiva l'acció d'anul·lació per a garantir el compliment del principi de legalitat? Anàlisi de les sentències d'accions d'anul·lació del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (2018-2023)*

Per a poder extreure conclusions sobre l'efectivitat real de l'acció d'anul·lació com a eina per al compliment del principi de legalitat hem agafat com a mostra les sentències d'accions d'anul·lació de laudes del TSJC dels darrers cinc anys. La font de les dades ha estat la base de dades jurídica Aranzadi. La quantitat de sentències amb les característiques descrites dipositada en aquesta base de dades és d'un total de quaranta-cinc. És cert que no és un nombre prou alt per a poder extreure conclusions en termes quantitatius, però de la seva anàlisi es desprenen algunes dades rellevants.

La primera dada destacable és que, d'aquestes quaranta-cinc sentències, només en trobem sis de consum.¹⁵⁹ A més, en cap d'aquestes s'estima una acció d'anul·lació basada en una vulneració de l'ordre públic. Així doncs, no podem extreure conclusions sobre si aquesta noció és tractada pel TSJC amb certa especialitat quan es tracten temes de consum. D'altra banda, tampoc no trobem cap sentència —ni de consum ni de qualsevol altre àmbit— en què s'anul·li el laude a causa d'una infracció del dret imperatiu. Creiem que aquesta evidència ja és suficient per a considerar falsa la nostra hipòtesi: si en els últims cinc anys no hi ha cap sentència del TSJC que anul·li un laude per infracció del dret imperatiu, no es pot garantir el compliment del principi de legalitat mitjançant —només— el control per la via de l'acció d'anul·lació.¹⁶⁰ Ara bé,

159. Vegeu les STSJ 66/2021, del 13 de juliol (RJ 2021/5874); 41/2021, de l'11 de gener (RJ 2021/5882); 28/2021 (RJ 2021/4207); 26/2019, del 31 d'octubre (RJ 2020/5616); 20/2018, del 8 de juny (RJ 2018/5907), i 78/2018, del 26 de març (RJ 2018/6127).

160. L'única alternativa a aquesta conclusió seria que no s'hagués produït cap infracció del dret imperatiu en els últims anys en els arbitratges celebrats a Catalunya.

que l'acció d'anul·lació no sigui un instrument adequat pot ser causat per múltiples factors, alguns dels quals els examinarem breument a continuació.

Com ja s'ha exposat en diversos moments al llarg de l'article, el TJUE reconeix la necessitat que els òrgans jurisdiccionals actuïn d'ofici, mitjançant una intervenció positiva, com a *conditio sine qua non* per a garantir una protecció efectiva dels consumidors. El Tribunal considera que existeix un risc no menyspreable que el consumidor ignori els seus drets o trobi dificultats per a exercir-los.¹⁶¹ Ara bé, aquest control només resulta factible des del moment en què els casos entren en contacte amb el sistema jurisdiccional. I aquest fet, *per se*, genera diverses dificultats. En primer lloc, per a accionar l'anul·lació d'un laude cal, necessàriament, tenir coneixement de l'existència d'un motiu d'anul·lació. I recordem que és precisament sobre aquest risc de desconeixement que el TJUE fonamenta la necessitat del control *ex officio*.

D'altra banda, l'accés a la via judicial que requereix l'acció d'anul·lació té un cost que pot resultar determinant, sobretot en l'àmbit del consum. Aquesta afirmació ha rebut el suport de diverses dades empíriques extretes de l'anàlisi jurisprudencial duta a terme. Primerament, com ja s'ha dit, és destacable el baix nombre d'accions d'anul·lació de laudes de consum que trobem (6 de 45: un 13,3 %). A més, d'aquests sis casos, en quatre la part demandant és l'empresa. I, en la totalitat de supòsits en què un consumidor és demandat, mai no arriba a contestar la demanda. És a dir, aquell reequilibri que l'arbitratge havia promogut, permetent que la persona consumidora, sense assistència tècnica, pogués arribar a formar part del procés, sembla que es trunca en aquesta situació. La persona consumidora mai no arriba a defensar-se.

Un altre fet que trobem significatiu és que tots els laudes de consum dels quals s'ha demanat l'anul·lació provenen d'arbitratges resolts en equitat.¹⁶² Ens qüestionem si aquest fenomen pot ser indicador d'alguna diferència significativa entre l'arbitratge en dret i l'arbitratge en equitat. ¿La possibilitat d'evadir l'aplicació de disposicions jurídiques concretes, en l'arbitratge en equitat, pot generar un major grau de conflictivitat? El cert és que tampoc en aquests casos s'al·lega la infracció de normes imperatives com a causa d'anul·lació.

Pel que fa al resultat del procés, trobem uns percentatges molt alts de desestimació de les demandes. En el cas dels laudes de consum, totes les accions són desestimades. Si mirem tots els casos, trobem tan sols set sentències totalment o parcialment estimatòries (un 15,6 %). Evidentment, la desestimació té com a conseqüència, en la majoria de casos, la imposició de les costes a la part demandant, pel criteri del venci-

161. Vegeu les STJUE C-240/98, del 27 de juny de 2000 (cas Océano Grupo Editorial) (ECLI:EU:C:2000:346), ap. 26; C-168/05, del 26 d'octubre de 2006 (cas Mostaza Claro) (ECLI:EU:C:2006:675), ap. 28.

162. Hi ha alguns casos en què no consta si l'arbitratge es va resoldre en dret o en equitat. Tanmateix, tots els arbitratges dels quals tenim aquesta dada han estat resolts en equitat.

ment objectiu (art. 394.1 LEC). En un sentit temporal, l'exercici de l'acció d'anul·lació també representa un cost afegit al del procés arbitral. Si els laudes han de dictar-se i notificar-se en un termini de noranta dies naturals des de l'inici del procediment (art. 49 del Reial decret del 15 de febrer de 2008, pel qual es regula el sistema arbitral de consum),¹⁶³ la mitjana de resolució de les accions d'anul·lació és de dos-cents quaranta-sis dies.

La tendència general en les accions d'anul·lació interposades és al·legar com a motiu d'anul·lació la vulneració de l'ordre públic (en exclusiva o acumulat a altres motius). Aquesta dada denota que el recurs a aquest motiu és generalitzat, si bé no existeix una noció clarament delimitada del que comporta: una evidència que s'alinea amb els arguments exposats en els epígrafs anteriors.

5. CONCLUSIONS

El resultat vinculant que s'imposa amb l'arbitratge de consum ha de garantir el respecte del principi de legalitat que ordena la Directiva RAL. Tot i les advertències fetes pel TJUE prenent com a base els principis d'equivalència i efectivitat, la LEC no ha permès (malgrat les reformes a les quals s'ha sotmès) la possibilitat que el jutge d'execució examini d'ofici el contingut dels laudes arbitrals, però és que tampoc l'acció d'anul·lació prevista per la LA no és la solució idònia per tal de donar compliment a aquell principi, atesa la indeterminació que envolta el concepte d'*ordre públic*. S'imposa, doncs, la necessitat, *de lege ferenda*, de considerar un motiu *ad hoc* d'anul·lació dels laudes arbitrals que es refereixi específicament a la vulneració de les normes imperatives de consum.

BIBLIOGRAFIA

- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «La conformitat del dret català al dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de dret no conforme». *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 22 (2020), p. 107-146.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo». A: ARROYO AMAYUELAS, Esther; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 65-97.

163. BOE, núm. 48 (25 febrer 2008), p. 11072-11086.

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2 (octubre 2009), p. 52-133.
- CAMPO CANDELAS, Jesús. *La anulación del laudo por infracción del orden público*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- Comission staff working document impact assessment report accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/11/ UE on alternative dispute resolution for consumer disputes, as well as directives (EU) 2015/2302, (EU) 2019/2161 and (EU) 2020/1828 [SWD (2023) 335 final]. Brussel·les: European Commission.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel (dir.). *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*. Tom II. Art. 256 a 579. València: Tirant lo Blanch, 2023.
- DÍEZ GARCÍA, Helena. «Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo». A: DÍAZ ALABART, Silvia; FUENTESECA DEGENEFTE, Cristina (coord.). *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR: Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N° 524/2013*. Madrid: Reus, 2017, p. 153-208.
- EBERS, Martin. «ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL v. Cristina Rodríguez Nogueira. From Océano to Asturcom». *European Review of Private Law*, núm. 4 (2010), p. 823-846.
- EPISCOPO, Francesca. «Judicial Law-making and the principle of effectiveness in European Union (private) law». *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 21 (2019), p. 53-72.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de derecho internacional privado». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2009, p. 1-34.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. «La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española». A: ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando (ed.). *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América: Una perspectiva de derecho internacional, europeo y comparado*. València: Tirant lo Blanch, 2015, p. 81-109.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. «Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1 (2017), p. 109-137.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. «La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Perspectiva europea y española». *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 25 (2017), p. 199-234.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando; CORTÉS, Pablo. «Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo». A: ESTEBAN DE LA

- ROSA, Fernando (ed.). *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América: Una perspectiva de derecho internacional, europeo y comparado*. València: Tirant lo Blanch, 2015.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor. «La motivación del laudo de equidad: límites a la acción de anulación por vulneración del orden público. Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 41 (2022), p. 311-344.
- GARCÍA VILA, José Antonio. «Los límites al control de la legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016». *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1 (2017), p. 183-218.
- GERSTENBERG, Oliver. «Constitutional reasoning in private law: the role of the CJEU in adjudicating unfair terms in consumer contracts». *European Law Journal*, vol. 21, núm. 5 (2015), p. 599-621.
- GINEBRA MOLINS, M. Esperança. «La aplicación de la regulación del contrato de compraventa y del suministro de contenidos y servicios digitales. Especial referencia a la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 por el legislador catalán». A: ARNAU RAVENTÓS, Lúdia (dir.). *La digitalización del derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier, 2022, p. 157-193.
- GRAMUNT FOMBUENA, Mariló. «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 5 (2005), p. 71-94.
- HINOJOSA SEVILLA, Rafael. «El arbitraje y los errores legislativos». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 65 (gener-febrer 2016).
- Information gathering for assisting the Commission in complying with its obligations under article 26 («reporting») of the ADR Directive and article 21 («reporting») of the ODR Regulation. Annexes to the final report*. Brussel-les: European Commission, 2022.
- KNIGGE, Marte; PAVILLON, Charlotte. «The legality requirement of the ADR Directive: just another paper tiger?». *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, núm. 4 (2016), p. 155-163.
- KNIGEE, Marte; VERHAGE, Eline. «The impact of the ADR Directive on article 7:904 par. 1 DCC explored. What is “unacceptable according to standards of reasonableness and fairness” after the implementation of the Directive?». A: BREEDVELD DE VOOGD, C. G. et al. (eds.). *Core concepts in the Dutch civil Code: Continuously in motion*. Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 61-87.
- LAFUENTE TORRALBA, José. «Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente». *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015), p. 181-205.
- LOOS, Marco B. M. «Enforcing consumer rights through ADR at the detriment of consumer Law». *European Review of Private Law*, vol. 24, núm. 1 (2016), p. 61-79.

- MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Artículo 1. Ámbito de aplicación». A: GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (dir.); MATEO SANZ, Jacobo B. (coord.). *Comentarios prácticos a la ley de arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 45-60.
- MARCOS FRANCISCO, Diana. «La ejecución del laudo arbitral de consumo: ¿cabe denegarla por invalidez del convenio arbitral?». *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2 (2009), p. 1-24.
- MARTÍN FABA, José María. «El TJUE consolida la obligación del juez de la ejecución del laudo de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas: la doctrina es clara y precisa desde el caso Pannon. STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15)». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19 (2016), p. 217-232.
- MORENO CATENA, VÍCTOR. «La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales». *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 53 (2004), p. 833-878.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal*. Vol. II: *Proceso civil*. 2a edició. València: Tirant lo Blanch, 2022.
- NORIEGA LINARES, Carmen María. «La determinación de la competencia judicial internacional en compraventa internacional. ¿Consumidor o no consumidor? He ahí la clave». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2 (octubre 2022), p. 1178-1190.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Notas sobre la nueva Ley de arbitraje». A: ROTONDI, M. *Inchieste di diritto comparato, collana diretta da G. Levi*. Vol. 10. *The arbitration*. Milà: Giuffrè, 1991, p. 297-333.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier, 2018.
- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel. *El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional*. Madrid: Iustel, 2019.
- REMÓN, Jesús. «El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero». A: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (coord.). *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2021, p. 205-218.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio y 17/2021, de 15 de febrero». A: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (coord.). *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2021, p. 27-36.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. «La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, o qué hay de verdad en la “equivalencia jurisdiccional” del arbitraje». A: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (coord.). *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2021, p. 227-230.

- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. «Derecho europeo de consumo y tutela judicial efectiva. La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». A: ROMERO PRADAS, María Isabel (dir.). *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*. València: Tirant lo Blanch, 2022, p. 249-264.
- VAN DUIN, Anna. «Metamorphosis? The role of article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC». *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 6, núm. 5 (2017), p. 190-198.
- VERDÚN PÉREZ, Francisco. «La Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19 (2016), p. 75-111.
- WAGNER, Gerhard. «Mandatory contract law: functions and principles in light of the proposal for a directive on consumer rights». *Erasmus Law Review*, vol. 3, núm. 1 (2010), p. 47-70.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio. «Artículo 40. Acción de anulación del laudo». A: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (coord.). *Comentarios a la Ley de arbitraje*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, p. 789-803.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio. «Artículo 41. Motivos». A: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (coord.). *Comentarios a la Ley de arbitraje*. Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, p. 801-840.

DIGITAL SOBRIETY IN THE BUILDING SECTOR, THE FRENCH LAW PARADIGM

Asimina Tsalpatourou

Legal advisor at the Ministry of the Ecological Transition

Lecturer in public law at the University of Paris-Ouest Nanterre

Summary

The concept of *digital sobriety* in the building sector emerged as a response to the growing environmental and social concerns associated with digital technologies' pervasive use. As digital innovations reshape buildings into smart and efficient entities, there is a pressing need to balance technological advancements with sustainability and legal considerations.

Efforts towards digital sobriety are bolstered by legislative initiatives and practical measures aimed at reducing energy consumption, enhancing energy transition, and promoting responsible digital practices. These initiatives span from building codes to financial incentives and public awareness campaigns.

While digital sobriety entails a deliberate reduction in our digital footprint, advocating for more mindful and efficient use of technology in buildings, critical questions are raised about the guarantees of the rule of law and fundamental rights, necessitating robust legal frameworks to address these challenges. Public policies play a pivotal role in promoting sustainable practices, aligning individual behaviour with collective goals, and ensuring equitable access to environmentally friendly buildings.

Keywords: digital sobriety, energy sobriety, buildings, legal framework, technology, energy transition, human rights.

SOBRIETAT DIGITAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓ: EL PARADIGMA DEL DRET FRANCÈS

Resum

El concepte de *sobrietat digital* en el sector de la construcció ha emergit com a resposta a les creixents preocupacions ambientals i socials associades a l'ús penetrant de les tecnologies digitals. Així com les innovacions digitals remodelen els edificis per a fer-ne entitats intel·ligents i eficients, hi ha una necessitat urgent d'equilibrar els avenços tecnològics amb la sostenibilitat i les consideracions legals.

Els esforços per a la sobrietat digital són sostinguts per iniciatives legislatives i mesures pràctiques destinades a reduir el consum d'energia, millorar la transició energètica i promoure pràctiques digitals responsables. Aquestes iniciatives abracen des de codis de construcció fins a incentius financers i campanyes de conscienciació públiques.

Mentre que la sobrietat digital implica una reducció reflexiva de la nostra empremta digital, ja que advoca per un ús més conscient i eficient de l'ús de la tecnologia en els edificis, s'han plantejat algunes crítiques en relació amb les garanties de l'estat de dret i dels drets fonamentals, la qual cosa ha permès observar que calen marcs legals sòlids per a abordar aquests desafiaments. Les polítiques públiques tenen un paper essencial en la promoció de pràctiques sostenibles que alineïn el comportament individual amb els objectius col·lectius i assegurin un accés equitatiu als edificis respectuosos amb el medi ambient.

Paraules clau: sobrietat digital, sobrietat energètica, edificis, marc legal, tecnologia, transició energètica, drets humans.

SOBRIEDAD DIGITAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN: EL PARADIGMA DEL DERECHO FRANCÉS

Resumen

El concepto de *sobriedad digital* en el sector de la construcción ha emergido como respuesta a las crecientes preocupaciones ambientales y sociales asociadas al uso penetrante de las tecnologías digitales. Así como las innovaciones digitales remodelan los edificios para convertirlos en entidades inteligentes y eficientes, hay una necesidad urgente de equilibrar los avances tecnológicos con la sostenibilidad y las consideraciones legales.

Los esfuerzos para la sobriedad digital son sostenidos por iniciativas legislativas y medidas prácticas destinadas a reducir el consumo de energía, mejorar la transición energética y promover prácticas digitales responsables. Estas iniciativas abarcan desde códigos de construcción hasta incentivos financieros y campañas de concienciación públicas.

Mientras que la sobriedad digital implica una reducción reflexiva de nuestra huella digital, ya que advoca por un uso más consciente y eficiente del uso de la tecnología en los edificios, se han planteado algunas críticas en relación con las garantías del estado de derecho y de los derechos fundamentales, lo que ha permitido observar que se precisan marcos legales sólidos para abordar estos desafíos. Las políticas públicas tienen un papel esencial en la promoción de prácticas sostenibles que alineen el comportamiento individual con los objetivos colectivos y aseguren un acceso equitativo a los edificios respetuosos con el medio ambiente.

Palabras clave: sobriedad digital, sobriedad energética, edificios, marco legal, tecnología, transición energética, derechos humanos.

Digital technologies have woven themselves into the fabric of everyday life, impacting every corner of society. Yet, its excessive use has led to concerns about its environmental impacts, as their environmental footprint has grown too large to ignore. This has given rise to the concept of *digital sobriety*, a movement aimed at mitigating the environmental and social impacts of digital consumption, particularly within the urban environments, namely the big cities.

Digital sobriety refers to a conscious effort for a deliberate reduction in our digital footprint, both individually and collectively, urging a more intentional engagement with technology and its use in a more mindful way. It raises important questions and implications from a legal perspective, positioning itself as a cornerstone of sustainable development, and calls for regulation through public policies and legal frameworks towards more sustainable digital practices.

In the realm of building sector, digital sobriety translates into efforts to lessen the environmental impact of technology, ensuring that buildings maintain their functional purposes while becoming more eco-friendly. It also involves reaping the advantages of digital technologies to foster energy efficiency in both new and existing structures and achieve energy transition through energy sobriety.

Public authorities are pivotal in this endeavour and tend to become «enablers» towards energy transition through digital sobriety, enhancing energy conservation in buildings. The establishment of a supportive and effective legal framework by public authorities facilitates the pursuit of these objectives. Legal measures, including building codes, energy performance standards and environmental certifications, serve as both a guide and a mandate for the construction, renovation and use of buildings. These regulations are designed to curb the excessive energy consumption attributed to digital technology use while promoting digital solutions that reduce a building's energy demands.

This paper delves into the legal nuances of digital sobriety, emphasizing the necessity for digital technology to be used responsibly in buildings. It argues for a regulatory approach that involves public authority intervention and embraces a multi-disciplinary perspective, incorporating legal, technological, and sociological insights.

Furthermore, the discussion extends to the profound implications of digital sobriety on fundamental rights and on rule of law, due to a confusion between positive laws and soft law measures.

1. UNDERSTANDING THE DISRUPTIVE CONCEPT OF DIGITAL SOBRIETY

1.1. DIGITAL SOBRIETY, A NEW DIMENSION OF ENERGY SOBRIETY

While technological progress is used widely and provides solutions to several technical problems, the concept of *digital sobriety* has emerged as a nuanced extension of energy sobriety, challenging the proliferation of digital technologies and their environmental footprints. In the current context of global warming, digital sobriety tends thus to become a catalyst for energy sobriety, one of the three pillars of energy transition (with energy efficiency and priority to renewable energy sources). More specifically, energy sobriety involves taking measures aimed at changing the production and supply of energy by reducing the proportion of carbon-based energy of fossil origin and increasing the proportion of energy with low greenhouse gas emissions,¹ covering three areas: dimensional sobriety, sobriety of use and cooperative sobriety.

Digital sobriety introduces thus a critical dimension to the discourse on energy conservation and consumption, highlighting the interdependence of technology use and sustainable energy practices. It represents therefore a shift in energy sobriety, advocating for a technology use that aligns with energy transition and climate change mitigation goals.

The concept of *digital sobriety*, same as the concept of *energy sobriety*, concerns changing behaviour and aiming to reduce energy consumption. It also encapsulates a dual commitment—collective and individual—towards achieving significant milestones in energy transition and climate change mitigation. In fact, on the one hand, the collective pursuit of digital sobriety is anchored in the legal and moral obligations of states and citizens to adhere to international climate and energy transition commitments, based on solid legal foundations. On the other hand, at an individual level, digital sobriety promotes a conscientious approach to technological consumption and its use in a more mindful way. This individualized commitment is also crucial for the materialization of collective goals, emphasizing the intrinsic link between personal responsibility and environmental sustainability.

As well as energy sobriety, digital sobriety advocates for transformative practices in building occupation and lifestyle choices, thereby positioning individual behaviour as a key element in the energy transition objective. Innovations in digital technology are hence pivotal in enhancing energy sobriety and integrating renewable energy solutions but, at the same time, they cause excessive energy consumption, particularly in buildings.

1. *Vocabulaire de l'environnement*, NOR: CTNR2313864K, 28 May 2023.

1.2. THE CONCEPT OF *DIGITAL SOBRIETY* IN BUILDINGS

Within the built environment, the integration of digital technologies has transformed traditional infrastructures into dynamic, interconnected ecosystems. Buildings have evolved into intelligent systems capable of responding to environmental stimuli, optimizing resource use, reducing energy consumption and enhancing occupant comfort through the Internet of Things, building automation systems, and smart utilities.

However, digital technologies raise significant questions as they contribute to a substantial environmental burden, from increased electronic waste (e-waste) to the carbon emissions associated with their energy use. As a matter of fact, energy consumption of digital equipment is growing fast, especially after the covid-19 crisis (especially the increase in teleworking), which leads to an energy sobriety vision on the subject. In 2022 the digital sector's greenhouse gases emissions are 37 % due to the manufacture of digital devices (extraction of resources, assembly, transport, distribution), 38 % to their use and 25 % to network infrastructures and data centres.² If nothing changes, the digital sector will account for 8 % of national greenhouse gas emissions in 2025, compared with 4 % in 2022.

Regarding specifically built environments, digital sobriety addresses the urgent need to reassess our reliance on digital technologies from an environmental perspective, while it advocates for a more mindful and efficient use of technology, emphasizing the reduction of digital footprints while maintaining the functionality of building operations. It is thus based on the development of environmental-friendly buildings and lifestyles, through digital technologies, and can be epitomized in the integration of user behaviour with energy-efficient building design, minimizing the negative environmental effects of technology. This integration underscores the necessity for a holistic approach that combines various disciplines, including sustainable architectural design and urban planning with mindful use of new technologies, thereby reinforcing the legal frameworks for digital sobriety.

To sum up, the adaptation of buildings to meet the standards of digital sobriety involves leveraging technology to enhance energy efficiency without compromising functional integrity and hinges on a dual commitment from both the public and individual sectors to foster environmentally friendly buildings and lifestyles. This adaptive transition is supported by legal incentives and regulations that promote environmentally friendly building practices.

Nevertheless, the role of technological progress in protecting the environment and facilitating energy transition cannot be overstated, which makes the law's intervention crucial.

2. ADEME, *En route vers la sobriété numérique*, Angers, ADEME, 2021.

2. A LEGAL FRAMEWORK FOR DIGITAL SOBRIETY

Digital sobriety is increasingly characterized by its compliance with existing and emerging energy and environmental legislation. These legal frameworks mandate a reduction in energy consumption and greenhouse gas emissions, extending their reach to include the digital sector and the impacts of digital technologies.

Moreover, the implications of collective and individual commitments in realizing digital sobriety are becoming important for legal frameworks, in the current context of evolution of energy transition into a legal obligation to achieve climate mitigation. As energy transition is gradually subject to compulsory rules for states and citizens and a specific legal framework is being formed creating rights and obligations on energy sobriety, digital sobriety is catching on in international, European and French law. This includes regulations on the energy efficiency of digital devices, construction and renovation of environmental-friendly buildings, energy consumption limits for the data centers and the overall carbon footprint of digital operations, revealing progressively a willingness to make digital sobriety a legal requirement rather than an optional practice.

Consequently, digital sobriety is not merely a voluntary or ethical initiative; it is increasingly becoming subject to a specific policies, legal measures and even legal rules. Legal instruments, ranging from international treaties to national laws, now thus incorporate provisions that directly or indirectly promote digital sobriety.

More specifically, to facilitate the transition towards digital sobriety, the Senate Committee on Spatial Planning and Sustainable Development presented in June 2020 its roadmap for ecological digital transition, aiming to raise awareness about the environmental impacts of technology and the importance of public policies.³

Thereafter, the Act of November 15th 2021 specifically targets the reduction of the digital environment's ecological footprint in France,⁴ establishing a legal basis for advancing digital sobriety and succeed climate mitigation, as aimed by the «Climate and Resilience» law of August 22nd, 2021.

By January 1st, 2025, municipalities and inter-municipal cooperation establishments (EPCI) with a population exceeding 50.000 are mandated to devise a responsible digital strategy. This strategy will outline specific goals for minimizing the digital sector's environmental impact and detail the actions to be taken to achieve these objectives, with the strategy's content to be further specified by decree.⁵ The objectives of the strategy may relate in particular to local and sustainable public procurement, with a focus on reuse, repair and combating obsolescence, sustainable, local man-

3. Senate Information Report num. 555, 24 June 2020.

4. REEN Act, num. 2021-1485, 15 November 2021.

5. Act num. 2021-1485, 15 November 2021, art. 35, I; CGCT, art. D. 2311-15-1.

agement of the lifecycle of IT equipment, eco-design of digital sites and services, the introduction of a policy to raise awareness of responsible digital use and IT security among elected representatives and public servants, the introduction of a responsible digital approach aimed at everyone, to raise public awareness of the environmental challenges of digital technology and digital inclusion and implementing a sustainable, connected territory approach in conjunction with an open data approach.

Further reinforcing this legal structure, a subsequent law was enacted to enhance ARCEP's (Autorité de Régulation des Communications Électroniques, des Postes et de la Distribution de la Presse) regulatory capabilities over the digital sector's environmental regulations.⁶ In a move towards responsible digital practices, major telecommunications operators (Bouygues, Free, Orange, and SFR) also pledged their commitment by signing a charter for sustainable digital practices in December 2021.

An observatory on the environmental impact of digital technology has also been established within ADEME and ARCEP. This body is tasked with the comprehensive analysis of the direct and indirect environmental impacts of digital technologies and their potential contributions to an ecologically and socially responsible transition. Part of its mandate includes formulating a clear definition of digital sobriety and recommending strategies to lessen the digital sector's environmental footprint.

Consumer awareness about the energy consumption and greenhouse gas emissions associated with digital service usage, particularly video-on-demand (VOD) services, is set to improve. The CSA, in collaboration with ARCEP and ADEME has also issued guidelines to inform consumers about the environmental impact of their digital consumption, facilitated by television and various online platforms.⁷

The government is leading by example in energy transition, with a goal to cut its own energy consumption from 20 TWh/year by 2 TWh by 2024. This reduction will be achieved through various means, including optimizing energy use in buildings, enhancing mobility, making responsible purchases, and adopting eco-friendly digital technologies. In that context, the 2022 Energy Sobriety Plan,⁸ initiated by the prime minister and the minister for Energy Transition and carried forward to 2023,⁹ targets a 10% reduction in energy usage within two years relative to 2019 levels, including the digital sector. This initiative not only aims to secure energy supply in the short term, especially in light of the war in Ukraine, but also to transition France away from fossil fuels by 2050.

6. Law num. 2021-1755, 23 December 2021.

7. <www.arcep.fr/fileadmin/user_upload/pole-numerique-arcep-arcom/referentiel-usages-numeriques-arcep-arcom_mars2022.pdf> (consulta: 27 March 2023).

8. <www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/dp-plan-sobriete.pdf> (consulta: 27 March 2023).

9. <www.ecologie.gouv.fr/plan-sobriete-acte-2-mobilisation-se-poursuit> (consulta: 27 March 2023).

To enhance a mindful use of technologies in buildings and minimize the negative effects of technology on the environment, specific measures have been taken for buildings. The inter-ministerial decree of July 23rd 2019¹⁰ and the decision of April 10th 2020¹¹ aiming to reinforce the obligations to reduce final energy consumption in tertiary buildings, covering a built surface area of over 1.000 m² including data centers, have thus given a prominent place to the digital dimension of buildings.

A specific digital platform,¹² known as the OPERAT platform, managed by ADEME under State control,¹³ has been developed to anonymously collect and monitor energy consumption data in buildings, especially regarding the tertiary sector. Final energy consumption data and information on usage intensity indicators collected on the OPERAT platform are capitalised and analysed in detail by type of activity.¹⁴ In case of unjustified failure to transmit data to the digital platform, the prefect responsible for the location of the building may give formal notice to the owner (and, where applicable, the lessee) to comply with its obligations within three months. Penalties may be applied for failure to meet objectives or established action plan.

The OPERAT digital platform aids in the systematic tracking of efforts to meet energy reduction targets, providing a digital certificate that attests to a building's energy performance, in order to inform buyers and tenants about compliance with energy-saving targets. This digital certificate, alongside the Eco Energie Tertiaire rating system, is crucial for documenting compliance with energy efficiency objectives.

The Ecowatt system,¹⁵ managed by RTE (Réseau de Transport d'Électricité), aims optimizing energy consumption by informing users (citizens, businesses and local authorities) of electricity network capacities in real time, to enable everyone to adapt their consumption. This kind of electricity «weather forecast». Ecowatt is a digital solution designed to alert to potential high-demand periods on the electrical grid, helping to prevent power outages, thanks to colour coding (orange or red signal is announced three days in advance, by text message if registered or via the RTE application) and eco-gestures suggested on a daily basis, to avoid load shedding.

Several public policies also play an important role in digital sobriety, such as the Energic application,¹⁶ the ministerial eco-responsible public services plan¹⁷ and

10. Decr. num. 2019-771, of 23 July 2019.

11. Arr. 10 avr. 2020, NOR: LOGL2005904A, art. 13, III-v, mod. par arr. 13 avr. 2022, NOR: LOGL2128787A, art. 1er, XIV, 10°.

12. <<https://operat.ademe.fr/#/public/home>> (consulta: 27 March 2023).

13. CCH, art. L. 174-1, III, 4°, mod. by L. num. 2021-1104, 22 August 2021, art. 176, 3°.

14. CCH, art. R. 174-29.

15. <www.monecowatt.fr/> (consulta: 27 March 2023).

16. <<https://web.energiec.io/>> (consulta: 27 March 2023).

17. <www.ecologie.gouv.fr/quatrieme-conseil-defense-ecologique-priorites-du-gouvernement-transition-ecologique> (consulta: 27 March 2023).

the Cube competition.¹⁸ Energic is an application used to mobilize agents in the French government's ecological transformation challenge, in the form of a collaborative game which tackles the subject of ecological transition in an entertaining way thanks to a series of challenges, while encouraging participants to reduce their carbon footprint. Created in 2016, the Energic application aims to raise awareness among citizens, whether in schools, local authorities or businesses. It responds to the State's ecological transformation challenge, which will run until the end of 2025. An initial running-in phase has been underway since November 2023, and over 1.200 government employees have already installed the application and a new phase begins in February 2024.

Furthermore, the State is providing significant financial support for infrastructure improvements, encouraging large enterprises to undertake renovations using smart technologies, and launching campaigns to raise awareness. These efforts aim to achieve 200.000 energy-efficient home renovations by 2024, supported by a 50 % increase in funding to € 5 billion. Additionally, in 2024, an extra € 1,6 billion will be allocated to energy renovation grants, particularly through the MaPrimeRénov program.

Specifically, regarding dwellings, significant investments in infrastructure and renovations are taking place, supported by State aids and public awareness campaigns, and innovative smart buildings and devices are increasingly promoted and used. More and more homes are thus equipped with smart devices such as a digital radiator system that uses computer waste heat as a viable source of heating, and digital boiler capturing the heat released by processors or computing to repurpose the heat generated by computer processors for heating.

Moreover, the Energy Transition for Green Growth Act has introduced a new provision, article Law 111-10-5 in the construction and housing code, established a digital logbook to facilitate the monitoring and upkeep of residential properties. Additionally, article L. 232-2 in the Energy Code sets up regional platforms across France dedicated to the public service of evaluating home energy performance.

These digital tools signify a growing acknowledgment among policymakers and legal systems of the significant environmental impact associated with unchecked digital and technological usage and, furthermore, the recognition of digital sobriety's critical role in achieving energy transition and climate mitigation. This legal perspective emphasizes the responsibility of individuals, organizations, and states to adopt sustainable digital practices.

But the multiplicity and complexity of these measures and rules raise concerns, not only because of their varying nature and legal force, but also their effectiveness and accessibility to people.

18. <<https://cube-championnat.org/le-concours/>> (consulta: 27 March 2023).

3. THE LEGAL CHALLENGES OF DIGITAL SOBRIETY

While the legal evolution towards digital sobriety represents significant progress and offers numerous benefits, it also raises important questions from a legal standpoint, particularly concerning the guarantees of the rule of law and fundamental rights, due to a variety of reasons.

In fact, despite various measures for digital sobriety, there is still an absence of a unified, strong legal framework; the current initiatives consist of a blend of legally binding regulations and soft law, lacking consistent and, sometimes, enforceability. Digital sobriety remains therefore partly mandatory, leading to confusion and potentially undermining the rule of law.

Furthermore, the digitalization of buildings also implicates social dynamics, such as access to information, but also gentrification, and social exclusion. The benefits of smart technologies are often unevenly distributed, potentially exacerbating existing inequalities and contributing to energy poverty.

Legal rules for digital sobriety need hence to be clear and easy for everyone to understand and access, establishing straightforward processes and safeguards for vulnerable people. These regulations must thus address inequalities by mitigating the risks of energy and digital poverty, guaranteeing that advancements in digital sobriety do not widen the gap between different socioeconomic groups but instead promote equitable access to technology and energy resources; they must also explicitly recognize and reinforce fundamental rights, including housing rights, ensuring that digital sobriety efforts do not compromise the ability to secure safe and affordable housing.

The role of local and national policies is thus crucial to ensure fundamental rights and adequate housing, that not only meets current demographic needs and takes in account different lifestyles, but also anticipates future shifts. This includes considering the «building demography» from both quantitative and qualitative perspectives. Effective intervention by public authorities can range from individual incentives to large-scale infrastructure projects, with a focus on enabling sustainable practices, controlling development, and providing necessary expertise and investment.

Additionally, the adoption of smart building technologies brings to the forefront concerns regarding data privacy and cybersecurity, involving collection of vast amounts of personal information, from energy usage patterns to occupants' movements. Even if existing privacy laws, such as the General Data Protection Regulation (GDPR) in Europe, provide a framework for data protection, their application to smart buildings is complex and often unclear. Transparent data collection practices and securing user consent are fundamental to ethically implementing smart building solutions. Smart systems also introduce potential vulnerabilities that can be exploited by cyber-attacks, affecting not just information security but also physical safety and causing vulnerabilities. The need for robust cybersecurity protocols is therefore essential to protect against breaches, requiring ongoing investment and expertise.

Ultimately, as digital innovations continue to reshape the built environment, a multidimensional approach that considers legal, ethical, and societal implications is essential. Public policies, informed by a commitment to sustainability and fundamental rights, are expected to guide the transition towards a more equitable, secure, and sustainable digital future in buildings.

SUGGESTED BIBLIOGRAPHY

ARTICLES

- DE BENEDITTIS, Julien; GÉRARD, Jessica; PÉREA, Céline. «Digital sobriety: From awareness of the negative impacts of IT usages to degrowth technology at work». *Technological Forecasting and Social Change* [Elsevier], vol. 194 (2023).
- DELANOË, Paul. «France 2023: quelle trajectoire pour respecter nos engagements climatiques?». *Jurisport*, num. 245 (2023), p. 24.
- DELPECH, Xavier. «Une loi pour réduire l'empreinte environnementale du numérique». *Dalloz Actualité*, 2 December 2021.
- LATIL, Arnaud. «Vers une “décarbonation du numérique”». *Dalloz Actualité*, 11 September 2023.
- «Les Français invités à faire leurs propositions pour agir sur la sobriété énergétique». *Ouest-France*, 4 October 2022.
- SDIRI, Noah. «Ecowatt: ce qu'il faut savoir sur «la météo de l'électricité» qui fait son apparition à la télé». *Capital*, 3 October 2022.

REPORTS AND PUBLICATIONS

- ADEME. *En route vers la sobriété numérique*. Angers: ADEME, 2021.
- ARCEP, ADEME. *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective*. January 2022.
- CIGRE. *Digital sobriety: Managing the digital environmental footprint through measurement*. December 2021.
- IEA. *World Energy Outlook 2023*. 24 October 2023.
- INSEE. *L'économie et la société à l'ère du numérique*. November 2019.
- Senate Information Report no 555. 24 June 2020.
- THE SHIFT PROJECT. *Lean ICT: pour une sobriété numérique*. 2018.
- CHRISTOPHE, Willmann. «La protection sociale, à l'épreuve ou au défi de la transition écologique». *Droit Social*, 2023, p. 748.

WEBSITES

<www.arcep.fr/fileadmin/user_upload/pole-numerique-arcep-arcom/referentiel-usages-numeriques-arcep-arcom_mars2022.pdf>.
<www.afnic.fr/wp-media/uploads/2022/10/afnic-JCSA22-Arcep.pdf>.
<www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/dp-plan-sobriete.pdf>.
<www.ecologie.gouv.fr/plan-sobriete-acte-2-mobilisation-se-poursuit>.
<www.ecologie.gouv.fr/quatrieme-conseil-defense-ecologique-priorites-du-gouvernement-transition-ecologique>.
<<https://web.energiec.io/>>.
<www.monecowatt.fr/>.
<<https://operat.ademe.fr/#/public/home>>.

JURISPRUDÈNCIA

LLIURAMENT O COMPLIMENT DE LLEGATS: PRETENSIONS I PRESCRIPCIÓ

Lídia Arnau Raventós¹
Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona

1. UN CAS, A TALL D'EXEMPLE

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Secció Primera) 42/2023, del 3 de juliol de 2023,² inspira aquest comentari. Aquesta sentència té l'origen en una acció interposada per un legatari per a reclamar al gravat, que era l'hereu, el lliurament del llegat. Es tractava d'una atribució que requeria sobre una quota indivisa d'un conjunt immobiliari (identificat, globalment, com a càmping Neptuno, ubicat a Pals). Cronològicament, són dades rellevants: el moment de la mort del causant, el 1993; l'acceptació expressa de l'hereu, el 2017, i la data de la interposició de la demanda, que cal situar entre el setembre del 2018 i el 31 de desembre de 2021.³ La principal qüestió que planteja la controvèrsia és la prescripció de la pretensió adreçada a exigir el lliurament del llegat, que, en el cas, era clarament d'eficàcia real, ja que el seu objecte era una titularitat que pertanyia al causant en el moment de la mort (art. 427-10.2 del Codi civil de Catalunya [CCCat]). Mentre que la part reclamant defensava que el termini per a reclamar el lliurament no es podia iniciar abans de l'acceptació expressa de l'hereu (interpel·lat prèviament pel legatari a fi d'exercitar la delació) i que, en conseqüència, l'acció s'havia interposat a temps, la part reclamada sostenia que el còmput s'havia d'iniciar en el moment de la mort, el 1993, de manera que la pretensió hauria prescrit.

1. L'autora pertany al Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 00347).

2. ECLI: ES:TSJCAT:2023:6958.

3. Ni en la sentència que va resoldre el recurs d'apel·lació (Sentència de l'Audiència Provincial de Girona [SAPG] del 30 de juny de 2022 [ECLI:ES:APGI:2022:869]), ni en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 3 de juliol de 2023 s'arriba a indicar la data exacta d'interposició de la demanda. L'interval a què es refereix el text resulta: primer, de la SAPG, on es diu que en la demanda el legatari també impugna una escriptura de manifestació d'herència del 13 de setembre de 2018; segon, de la data de la sentència recaiguda en primera instància (que és just a finals de desembre de 2021).

Com s'explica en la sentència de l'Audiència Provincial de Girona (SAPG) que resol el recurs d'apel·lació, la sentència recaiguda en primera instància desestima la pretensió interposada perquè la considera prescrita pel transcurs del termini de quinze anys previst en l'article 1964 del Codi civil espanyol (CC), termini que, segons la sentència, va començar a córrer d'ençà de la mort del causant (vegeu el fonament jurídic [FJ] 4t SAPG); en qualsevol cas, no s'arriben a saber, perquè no es reproduïen, els arguments emprats en la dita sentència a fi de resoldre en el sentit indicat.

Per la seva banda, la SAPG analitza, en primer terme, el dret aplicable a la successió i ho fa a l'empara de la disposició transitòria (DT) primera de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, i de les disposicions transitòries primera i dècima de la Llei 10/1991, del 30 de desembre, del Codi de successions (CS) (FJ 4t SAPG).⁴ Tot i que no ho arriba a dir explícitament, l'Audiència Provincial (AP) cerca la regulació aplicable a la successió a fi d'escatir quin era el termini de prescripció de l'acció. En aquest context, l'AP sembla que l'erra, ja que si la mort es va produir el 1993, és clar que es tracta d'una successió oberta després de l'entrada en vigor del CS⁵ i que, per tant, esqueia aplicar aquest text, i no la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC) (com, en canvi, afirma l'AP en el FJ 4t). Una altra qüestió és que, a manca de fixació en el CS d'un termini de prescripció per a la pretensió adreçada a reclamar el lliurament del llegat, pertoqui recórrer al termini de trenta anys de l'article 344 CDCC. Efectivament, l'article 271 CS, relatiu al dret del legatari a reclamar el lliurament o el compliment del llegat, no establia cap termini específic d'exercici. I, a manca també d'un termini especial en el CC (art. 344, 1r par., CDCC), pertocava aplicar el termini de trenta anys previst en el segon paràgraf de l'article 344 CDCC.⁶ Determinat aquest termini i considerant que la demanda s'interposa després de l'entrada en vigor de la regulació catalana en matèria de prescripció continguda en el llibre primer del CCCat (aprovat per la Llei 29/2002, del 30 de desembre, de la primera llei del Codi civil de Catalunya), l'AP aplica (tot i que expressament tampoc no ho diu) la DT única de la Llei 29/2002, que, amb caràcter general, subjecta als articles 121-1 i següents del CCCat les pretensions nascudes abans de l'1 de gener de 2004 però que s'exercitin després d'aquesta data; aquesta subjecció és general i s'acompanya d'excepcions: la primera és que l'«inici, la interrupció i el reinici de la prescripció produïts abans de l'1 de gener de 2004 es regulen per les normes vigents fins a aquell moment» (lletra a DT única de la Llei 29/2002); la segona i la tercera excepcions (lletres b i c DT única de la Llei 29/2002) impliquen comparar la durada del termini de prescrip-

4. En essència, tant el CS com el CCCat es declaren aplicables a les successions obertes d'ençà de la data de la respectiva entrada en vigor.

5. Text publicat en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC) del 21 de gener de 1992.

6. Vegeu, aplicant també el termini de trenta anys d'ençà de la mort (fins i tot produïda abans de la CDCC), les sentències de l'AP de Barcelona del 12 de maig de 1992 (*Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, p. 936) i del 6 d'abril de 1990 (*Revista Jurídica de Catalunya*, 1990, p. 650).

ció establert en la regulació anterior amb la durada prevista en el CCCat, de manera que si aquesta darrera és la més llarga, aleshores «la prescripció es consuma quan ha transcorregut el termini establert per la regulació anterior»; en canvi, si la durada establerta en el CCCat és la més curta, aleshores regeix aquest darrer termini a comptar de l'1 de gener de 2004, tot i que «si el termini establert per la regulació anterior, tot i ésser més llarg, s'exhaureix abans que el termini establert per aquesta Llei, la prescripció es consuma quan ha transcorregut el termini establert per la regulació anterior». Arribats a aquest punt, l'AP considera que el termini de prescripció es va iniciar abans de l'1 de gener de 2004 i *sembla* que, per aquesta raó, considera que els terminis de prescripció que escau aplicar són els previstos en la regulació anterior.⁷ L'AP, després de constatar que aquests darrers terminis són superiors al decennal de l'article 121.10 CCCat (és a dir, al que escau a manca de cap altre termini especial), aplica la regla de la lletra c de la DT única de la Llei 29/2002, que mena al còmput de deu anys a comptar de l'1 de gener de 2004. La conclusió és que en la data d'interposició de la demanda la pretensió havia prescrit (de fet, ho havia fet l'1 de gener de 2014). L'argumentació de l'AP suggereix diferents comentaris relatius a per què considera iniciat el còmput del termini de prescripció abans de l'1 de gener de 2004, a la (errònia) vinculació entre aquell inici i l'aplicació dels terminis previstos en la regulació anterior i, en darrer terme, a la identificació d'aquests darrers terminis.

L'AP comparteix l'argument de la reclamant que aquesta part «no podia exercitar la acció de reclamación del legado hasta conocer que el heredero había aceptado la herencia» (FJ 4t, par. 14è). Això equival a descartar que el *dies a quo* del còmput del termini de prescripció s'iniciés amb la mort del causant, que coincideix amb el moment de l'adquisició de la titularitat llegada (art. 267, par. 1r, CS). Segons l'AP, però, en el cas, l'hereu hauria acceptat tàcitament el títol de successor universal en realitzar actes que no es poden fer si no és a títol d'hereu (art. 19 CS) i aquesta acceptació s'hauria produït, a més, d'ençà de la mort del causant, el 1993. A partir d'aquest moment, el cridat a títol d'hereu hauria actuat com a tal, regentant i fent obres al càmping sobre el qual requeia el llegat. L'AP afegeix que la reclamant no podia desconèixer aquests actes perquè l'hereu i gravat pel llegat era el seu propi germà.

Ja s'ha dit que *sembla* que l'AP faci derivar de l'inici del còmput abans de l'1 de gener de 2004 l'aplicació dels terminis previstos en la regulació que regia la successió (és a dir, els terminis aplicables mentre era vigent el CS, i no, en canvi, els terminis generals de prescripció del CCCat). Aquesta vinculació entre una cosa i l'altra no és pas del tot correcta. Segons la DT única de la Llei 29/2002, l'aplicació d'uns terminis o

7. Vegeu-ne el FJ 4t, par. 12: «Señalar que en el presente caso, al iniciarse el cómputo del plazo con anterioridad al 1 de enero de 2004, deberán tenerse en cuenta los plazos previstos en la regulación anterior, tanto la prevista en el art. 344 Compilación catalana, en la que el plazo general para las acciones personales era de 30 años, como la prevista en el art. 1964 CC en su anterior redacción, que era de 15 años».

d'uns altres depèn de la durada, per a afavorir que la prescripció es produeixi com més aviat millor (lletres *b* i *c* de la DT única de la Llei 29/2002). L'aplicació d'uns terminis o d'uns altres no depèn, per tant, de si el còmput s'ha iniciat o no abans de l'1 de gener de 2004;⁸ el que ens vol dir la lletra *a* de la DT única de la Llei 29/2002, reinterpretant-ne el sentit literal, és que el còmput dels terminis de prescripció establerts en la regulació anterior s'inicia, d'entrada, segons el que estableix la dita regulació, però si, aplicant-la, aquest còmput no s'ha pogut iniciar abans de l'1 de gener de 2004, aleshores les regles relatives al *dies a quo* seran les previstes en el CCCat. Però d'això no depèn la durada del termini de prescripció que pertoqui aplicar al cas.

Pel que fa als terminis que regien abans de l'entrada en vigor del llibre primer del CCCat, l'AP esmenta, alhora, el de trenta anys de l'article 344 CDCC i el de quinze anys de l'article 1964 CC, *com si* esdevingués irrellevant i sobrer determinar si era l'un o l'altre, ja que ambdós excedien els deu anys previstos en l'article 121-20 CCCat (i, per tant, es tractava de terminis més llargs als efectes de la lletra *c* de la DT única de la Llei 29/2002). Però la que, es miri com es miri, no resultava aplicable al cas (tot i que les parts, ambdues, entenien que sí que ho era) era la durada quinzenal prevista en l'article 1964 CC, que no era (ni és) cap termini *especial*, sinó el termini que, per defecte, justament preveu el CC per a les accions personals «que no tengan señalado término especial». La conseqüència és que, d'acord amb l'article 344 CDCC, a manca de termini especial (català o estatal), l'aplicable és el de trenta anys.

El TSJC titlla la SAPG d'incongruent perquè va considerar que el *dies a quo* del còmput del termini de prescripció era el de l'acceptació tàcita del títol d'hereu per part del germà del demandant i, en conseqüència, va concloure que la pretensió interposada havia prescrit; el TSJC entén que la resolució impugnada presenta un «vicio de incongruencia» perquè es basa «en un hecho no discutido y prescindiendo al mismo tiempo del consentimiento por las partes» (FJ 2n, ap. 6è). El TSJC descarta que el termini de prescripció s'iniciés amb l'acceptació tàcita i raona en quins termes s'admet, per doctrina i jurisprudència, que el legatari disposa tant d'una «acción personal, “ex testamento”, para reclamar la entrega [...]» com d'una acció reivindicatòria si l'objecte del llegat és un dret de propietat. La primera és la que es podria interposar contra el gravat per l'atribució successòria, mentre que la segona escauria contra el posseïdor del bé llegat (sigui o no el mateix gravat). Per a ambdós casos, el termini de prescripció previst en la regulació anterior (s'entén, segons la regulació vigent en el moment d'obrir-se la successió) era el defectiu de trenta anys (art. 344 CDCC). I, sense més, el TSJC acaba conclouent:

8. Albert LAMARCA MARQUÈS, «Disposició transitòria única», a Albert LAMARCA MARQUÈS i Antoni VAQUER ALOY (ed.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 680.

Por lo expuesto, procede casar la sentencia de la Audiencia y ello tanto si se considera que la reclamación solo pudo realizarse una vez el heredero aceptó la herencia en el año 2017, en aplicación del art. 121-23 CCC en relación con el art. 121-20 y DT Única de la ley 29/2002 de 30 de diciembre, como si se considera, como hemos dicho anteriormente, que la acción para reclamar los legados de eficacia real no prescribe, sin perjuicio de los efectos de la usucapión aquí no invocada.

Per a començar, aquest plantejament alternatiu no és del tot correcte; la raó és que, en el cas, no es pot entendre que l'acció reivindicatòria era imprescriptible, ja que, d'acord amb la regulació aplicable en el moment d'obrir-se la successió, aquesta acció sí que prescrivia i ho feia amb el pas de trenta anys (art. 344 CDCC), igual que ho feia l'acció personal. A partir d'aquí, convindria distingir dues qüestions:

— Per una banda, la relativa a l'inici del còmput. El TSJC no analitza quan calia entendre iniciat el còmput dels trenta anys de l'article 344 CDCC a fi d'aclarir si s'havia iniciat abans de l'1 de gener de 2004. El TSJC situa aquell inici en el moment en què el cridat al títol d'hereu accepta expressament el títol successori. Això equival a descartar que el còmput s'hagués iniciat abans de l'1 de gener de 2004 i, en conseqüència, en aplicació de la lletra *a* de la DT única de la Llei 29/2002, que calgués que es donessin les circumstàncies previstes en l'article 121-23.1 CCCat a fi que comencés a córrer el dit termini. En concret, arran de l'acceptació expressa de l'hereu, el legatari ja sap qui és «la persona contra la qual es pot exercir» la pretensió (art. 121-23.1, al final, CCCat).

— Per altra banda, però, resta la qüestió relativa a la durada del termini. El previst en la regulació anterior era de trenta anys, ja s'ha dit. Pel que fa a la regulació vigent d'ençà de l'entrada en vigor del llibre primer del CCCat, *sembla* que el TSJC sotmet al termini decennal de l'article 121-20 CCCat la que s'ha identificat com a *acció personal*; es tractaria, aquest darrer, d'un termini més curt, que és el que s'aplicaria (lletra *c* DT única Llei 29/2002), de tal manera que la pretensió prescriuria el 2027. Pel que fa a l'acció reivindicatòria, se sap que, d'acord amb l'article 544-1 CCCat, és una acció imprescriptible. Estrictament, la DT única de la Llei 29/2002 no li és aplicable: primer, perquè la dita acció (imprescriptibilitat inclosa) es regula en el llibre cinquè del CCCat; segon, perquè, com que ara es tracta d'una acció imprescriptible, fa de mal dir que la regulació sobrevinguda a l'obertura de la successió preveu un termini *més llarg* que l'establert en la regulació anterior, ja que, estrictament, *no hi ha cap termini* (ni més llarg ni més curt). Una opció passa per aplicar la DT quarta del llibre cinquè⁹ del CCCat, segons la qual l'acció reivindicatòria nascuda però no exercida abans de

9. Aprovat per la Llei 5/2006, del 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals.

l'entrada en vigor de l'article 544-1 CCCat subsisteix «subjecta al que estableix aquest codi pel que fa a l'exercici, la durada i el procediment». Això vol dir que es tracta d'una acció imprescriptible. La conclusió, es miri com es miri, és que la pretensió del legatari no havia prescrit. Es tracta, certament, del mateix que conclou i resol el TSJC, però amb altres arguments.

Com s'ha dit, la Sentència del TSJC del 3 de juliol de 2023 només serveix per a arrancar aquest comentari, que es fixa únicament en el dret avui vigent.

2. LES PRETENSIONS: PRESCRIPTIBILITAT I TERMINI DE PRESCRIPCIÓ

Convé analitzar la tipologia de les pretensions a disposició del legatari i associar-hi els terminis de prescripció que escaiguin, i, tot plegat, sense descuidar les raons de fons que desaconsellen que el legatari pugui prendre possessió del llegat per si mateix.

2.1. PRETENSÍO DERIVADA DEL TÍTOL SUCCESSORI *VERSUS* PRETENSÍO DERIVADA DEL DRET ATRIBUÏT

I. ¿El llegat, en el sentit d'atribució successòria particular, atorga sempre una pretensió al legatari? O, altrament, tot llegat enclou una pretensió? D'entrada, sembla que la resposta serà que sí si el dret atribuït (o objecte del llegat) faculta el legatari per a exigir una conducta a algú (art. 121-1, al final, CCCat), amb el benentès que, atès que el llegat s'adquireix com a norma general *amb i per* la delació (art. 427-10 i 427-15 CCCat), no es tracta d'una conducta *per a adquirir* la titularitat en què consisteix o sobre la qual recau el llegat, sinó d'una conducta que parteix d'una titularitat *ja adquirida*, que, ara, interposant una pretensió, el legatari *exerceix* (com si, llegant-se la propietat d'un bé, el legatari en reclamés la possessió —perquè escau al propietari tenir-la; art. 541-1 CCCat—, o com si, llegant-se el dret a una prestació periòdica, el legatari exigís al gravat el seu pagament en exercici del dret de crèdit que, arran de la delació, s'ha constituït *ex novo* a favor del legatari). Ara bé, la qüestió que realment es planteja és si *hi ha pretensió* (i, a més, si hi és *sempre*) per raó, només, del *títol successori*, prescindint d'allò llegat i de les pretensions que, per si mateix, l'objecte llegat atribueix al legatari. Si la resposta és positiva, aleshores caldrà admetre, almenys teòricament i per a un supòsit que seria extrem, que els llegats atorguen pretensió encara que el dret atribuït no permeti exigir res a ningú. En aquest sentit, els articles 427-22.1 i 427-18.1 CCCat són molt generalistes i afavoreixen entendre que el llegat *sempre* incorpora una pretensió. El primer s'adreça fonamentalment a delimitar la legitimació passiva de la pretensió (distingint entre «persona gravada» i «persona

facultada») que s'atorga al legatari a fi de reclamar «el lliurament o el compliment del llegat». El segon considera la pretensió però des de la perspectiva d'aquell a qui es pot exigir la conducta i de qui, en conseqüència, *ha de dur-la a terme*. Aquest article, tot i que es rubrica «Compliment», distingeix després entre *lliurament* i *compliment* en funció de si l'actuació deguda obeeix a un llegat d'eficàcia real o d'eficàcia obligacional («ha de lliurar [...] si aquest té eficàcia real, o ha de complir [...] si té eficàcia obligacional»). Aquesta associació entre, per una banda, lliurament i llegat d'eficàcia real i, per l'altra, compliment i llegat d'eficàcia obligacional, és present també en els articles 427.22.1 i 427.22.5 CCCat. Ambdues disposicions, així com l'article 427-18 CCCat, suggereixen alguns comentaris.

L'article 427-18.1 CCCat arrossega el poc encert que mostra, ja abans, l'article 427-15 CCCat, que, a propòsit de l'eficàcia del llegat real per la delació, estableix que d'ençà d'aleshores el legatari adquireix «la propietat de la cosa objecte del llegat». L'article 427-18.1 CCCat projecta el lliurament degut cap a «la cosa o dret real objecte del llegat». La incompletesa d'aquestes expressions la fa vistent l'article 427-10.2 CCCat, tècnicament més encertat i que sí que encaixa en la categoria de llegat d'eficàcia real, entès com aquell en virtut del qual s'atribueix al legatari una titularitat, real o personal (és a dir, «béns o drets reals o de crèdit» [art. 427.10.1 CCCat]), que pertanyia al causant i que no s'extingeix amb la seva mort. Una qüestió distinta és en quina mesura la categoria de *lliurament* també escau als llegats d'eficàcia real que recauen sobre un dret de crèdit. I la resposta és que hi encaixa en els termes de l'article 531-5 CCCat, de manera que el lliurament de la possessió transita cap «el lliurament dels títols, [...] la tradició instrumental o [...] l'ús que en fan els adquirents amb el consentiment dels transmissors». Es pronuncia en el mateix sentit l'article 427-31.3, al final, CCCat.

L'article 427-22.2 CCCat també sembla que s'oblida dels llegats d'eficàcia real que recauen sobre els drets de crèdits. La norma, literalment, es reserva als que recauen sobre titularitats reals (que és com cal interpretar la referència que s'hi fa a «la propietat de la cosa o del dret real»). Però mentre que l'article 427-22.1 CCCat es refereix a *tot* llegat d'eficàcia real (de manera que, d'entrada, tot legatari afavorit amb una atribució d'aquesta naturalesa tindria la facultat d'exigir el lliurament *del llegat*), l'article 427-22.2 CCCat tracta, només, dels drets reals possessoris o que comporten possessió; en aquest cas, es fa una aplicació concreta de la regla de l'apartat anterior i s'insisteix en la facultat del legatari adreçada a exigir el lliurament de *la possessió*. A més («fins i tot» [art. 427-22.2 CCCat]), i amb la mateixa finalitat, pot interposar una acció reivindicatòria «contra qualsevol posseïdor» (sigui o no el mateix gravat). La qüestió que cal plantejar és si la finalitat de l'article 427-22.2 CCCat és només la de reblar que el legatari, com tot propietari no posseïdor, també pot reivindicar el bé («la cosa o el dret») a qui el tingui, o si del precepte es poden extreure més efectes. En aquest sentit, una possible interpretació passa per entendre que la referència que es fa en l'article 427-22.2 CCCat als drets reals possessoris no té com a finalitat matisar la generalitat de la declaració de l'article 427-22.1 CCCat relativa a l'acció que tindria

tot legatari afavorit amb un llegat d'eficàcia real d'exigir el lliurament (ja es tracti d'un dret real, ja es tracti d'un dret de crèdit), sinó la de *recordar* que si aquell objecte és un dret real possessori, aleshores el legatari també pot reivindicar-lo. Això últim, és clar, si el dit dret és la propietat (art. 544-1 CCCat). Un nou dubte rau a saber si altres titularitats reals possessòries són també reivindicables, amb la conseqüència afegida de la imprescriptibilitat de l'acció (art. 544-3 CCCat);¹⁰ en qualsevol cas, a manca de reivindicabilitat en sentit estricte (perquè no es tracta d'un dret de propietat), sembla que el legatari bé ha de poder interposar l'acció real que escaigui al seu dret, real i possessori, a fi d'obtenir la possessió de qui la tingui. I, per la mateixa lògica, el legatari d'eficàcia real que recau sobre un dret de crèdit bé ha de poder reclamar, a qui els tingui, els documents o títols que acreditin l'existència del crèdit llegat.¹¹

II. S'ha dit que sembla que l'article 427-22.1 CCCat no exclou que el legatari també disposi d'una pretensió adreçada a obtenir el lliurament del llegat encara que l'atribució que l'afavoreix *no* recaigui o consisteixi en la propietat d'una cosa o en la titularitat d'un dret real possessori. Sigui quina sigui la naturalesa de l'atribució, noteu que la legitimació passiva la té o bé la persona gravada, o bé la persona legitimada per a complir el llegat. De fet, potser caldria admetre també la possibilitat d'exigir-los el lliurament del llegat que recau sobre un dret real possessori encara que el gravat o legitimat no en tingui la possessió; la literalitat de l'article 427-22.2 CCCat no ho considera; de fet, ho exclou (perquè parla, només, del lliurament de la *possessió*), però ja s'ha dit que aquesta norma té present, precisament, el cas del gravat posseïdor, de manera que permet al legatari interposar, davant d'aquest o de qualsevol altre que tingui la possessió del bé, una acció reivindicatòria. O, dit d'altra manera, l'article 427-22.2 CCCat no diu pas que si el bé o el dret possessori està en mans d'un tercer, aleshores l'única opció que tingui el legatari sigui reivindicar-l'hi. ¿Exigint el lliurament del llegat al gravat que no es troba en possessió del bé, el que es fa és traslladar

10. Vegeu, per exemple, l'article 561-20 CCCat, relatiu a la tutela dels drets de l'usufructuari. Tot i que, certament, el dret d'usdefruit del qual podia ser titular el causant s'haurà extingit amb la seva mort (atesa la naturalesa vitalícia del dret [561-16.1a CCCat]), hom pot pensar en un llegat en virtut del qual el legatari adquireix, amb i per la delació, l'usdefruit constituït *ex novo* per raó de la mateixa atribució successòria (art. 427-10.2 CCCat). Es planteja aleshores si, quan posseeix el bé un tercer, el legatari pot reivindicar-lo sense que la pretensió possessòria resti sotmesa a cap termini de prescripció (quant a la imprescriptibilitat de les accions merament declaratives, vegeu l'art. 121-2 CCCat) o si, en canvi, regirà per defecte el termini de deu anys de l'article 121-20 CCCat. En aquest sentit, que la imprescriptibilitat també pot acompanyar pretensions relatives a la restitució de drets distints al de propietat, ho rebla l'acció de petició d'herència, sotmesa a una mateixa regla (la de la imprescriptibilitat [art. 465-1.3 CCCat]), sigui quin sigui el contingut del patrimoni hereditari.

11. Sembla, però, que la naturalesa d'aquesta acció seria personal, perquè es basa en la titularitat del dret de crèdit llegat, tot i que es podria interposar contra tot aquell que tingui els documents o títols.

a aquest la tasca de recuperar la *possessió* de qui sigui i lliurar-la després al legatari?¹² ¿O, si s'ha dit que l'article 427-22.1 CCCat és general i prescindeix de possessions, n'hi hauria prou amb un acte de lliurament (per exemple, mitjançant l'atorgament d'una escriptura pública) encara que no hi hagi traspàs material de la possessió? Però de què li serviria al legatari procurar aquest lliurament si, igualment, a fi de recuperar la possessió haurà de reivindicar al tercer? Es podria dir que, *d'alguna manera*, aquest lliurament formal implicaria el consentiment del gravat a fi que el legatari pogués prendre possessió «per la seva pròpia autoritat» (art. 427-22.3 CCCat), de manera que es tractaria d'una mena de pas previ per a poder reivindicar. Sigui com sigui, però, l'article 427-22.2 CCCat no avala aquesta interpretació, ja que no condiona de cap manera la reivindicació «contra qualsevol posseïdor» i, de retruc, la presa de possessió per si mateix.

III. ¿Té sentit plantejar-se el lliurament de llegats d'eficàcia real que recaiguin sobre drets reals no possessoris o sobre drets reals, que, en si mateixos, no enclopin cap pretensió? Probablement, caldrà transitar cap a la idea de *quasi traditio*, que prescindeix de la de possessió. Penseu en un llegat d'eficàcia real que recau sobre un dret d'opció real constituït pel causant: ni comporta la possessió de cap bé, ni el seu exercici implica fer ús de cap pretensió, sinó, simplement, l'exercici d'un dret que provoca l'adquisició per qui opta pel dret sobre el qual recau l'opció (art. 568.9.2 i 568-12 CCCat). Hom pot pensar, igualment, en la transmissibilitat *mortis causa* d'un crèdit garantit amb hipoteca, de manera que al legatari, quant a la garantia, ni el facultat per a exigir la possessió del bé garantit, ni el seu exercici implica l'exigibilitat d'una conducta, sinó l'execució del dret real.

IV. Aquests intents, certament erràtics, de prescindir de la naturalesa del dret atribuït (real [possessoris o no] o personal) i de les seves circumstàncies (per exemple, si la titularitat ja era del causant, si la possessió la té el gravat o un tercer...) a fi de valorar si tot legatari té una pretensió basada *només* en el títol successori (que, en tot cas, és un llegat), no sembla que puguin reeixir en el cas del llegat d'eficàcia obligacional, en el qual la pretensió s'adreça al «compliment del llegat exigible» (art. 427-22.1 CCCat). Cal fer notar que en el llegat d'eficàcia real: primer, l'objecte de l'atribució pot ser un dret real o un dret de crèdit; segon, el lliurament és exigible al gravat o facultat per a lliurar; tercer, en cas de recaure sobre un dret de crèdit, qui l'ha de *complir* o satisfer

12. Seria una situació tan patològica com la que deriva de l'article 451-24 CCCat, que legitima tant els legitimaris com l'hereu per a reduir o suprimir atribucions per causa d'inoficiositat legitimària. També aquí es planteja en quins termes pot l'hereu justificar la seva legitimació per a alterar una atribució que ha d'anar a parar al legitimari; si la resposta és que és ell qui respon del pagament de les llegendes (art. 451-15.1 CCCat), aleshores igualment es podria dir que, en el cas que es planteja en el text, també és l'hereu el gravat amb el llegat.

serà qui en sigui el deutor, no pas el gravat.¹³ En el llegat d'eficàcia obligacional passa: primer, que l'objecte llegat sempre serà un dret de crèdit *ex novo*; segon, que la persona gravada és justament qui l'ha de satisfer. No sembla que hi hagi espai per a cap altra pretensió que la que deriva del dret de crèdit o objecte del llegat.

2.2. EL PERQUÈ DE NO PODER «PRENDRE POSSESIÓ, PER LA SEVA PRÒPIA AUTORITAT, DE LA COSA O DEL DRET LLEGATS» (ARTICLE 427-22.3 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA)

I. És l'altra cara de la moneda de l'exigència, adreçada al legatari, reclamar el compliment dels llegats: li cal exigir-ho al gravat o legitimat per a complir perquè no se li permet ni prendre possessió ni cobrar-los per si mateix. Però a què obeeix aquesta manca de legitimació? Les causes d'aquesta prohibició serien més de caire pràctic, operatiu, que no pas d'estricta tècnica o necessitat jurídica. S'han identificat amb l'efectivitat del principi segons el qual *cal pagar abans d'heretar*, amb la preferència dels legitimaris i amb el límit que, a l'hora de complir els llegats, representa allò rebut pel gravat en la mateixa successió o, si el causant no l'ha prohibit, amb el dret a detreure la quarta falcídia.¹⁴ Com hi ajuda, a tot plegat, que el legatari hagi de reclamar el compliment del llegat?

13. Pot passar, però no seria el supòsit habitual, que el gravat sigui deutor del causant i que el crèdit s'atribueixi a títol particular al legatari. Aleshores hom pot distingir, almenys teòricament, entre la pretensió adreçada al lliurament dels títols o documents que acreditin l'existència del dret (que tindria el seu fonament en els art. 427-22.1 i 427-31.2 CCCat i que prescriuria en els termes que es dirà *infra* en l'apartat 2.3) i la pretensió adreçada a exigir el compliment del crèdit (que tindria el seu propi termini de prescripció).

14. Vegeu Pedro ALBIOL MARÉS, «Comentario del art. 271», a Lluís JOU I MIRABENT (COORD.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 960 i 961. Vegeu també la Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (RDGDEJ) del 18 d'abril de 2006 (Resolució JUS/1920/2006, DOGC, núm. 4655 [15 juny 2006], p. 26131 i seg.).

3.3. L'opció reglamentària de condicionar la inscripció del llegat de cosa específica i determinada del testador al lliurament efectiu de la possessió al legatari per part de l'hereu és anterior a la promulgació de la Compilació de 1960 i la seva raó de ser a Catalunya mai no ha estat clara. Habitualment s'ha volgut explicar com a garantia de l'hereu que té la possibilitat de demanar la reducció de llegats per raó de quarta falcídia o dels legitimaris, que poden demanar-la per inoficiositat. Aquesta interpretació no té en compte, però, que els articles 280.2 i 373.4 faculten el legatari afectat per la reducció per evitar-la abonant a l'hereu o al legitimari, en diners, l'import de la reducció i, en tot cas, el legatari adquireix la propietat de la cosa llegada en el mateix moment de la mort del seu causant. Per tant, el dret a la reducció de llegats, tant si és per raó de falcídia com per raó de legítima, es concreta en un simple dret de crèdit.

Estrictament, el principi que limita l'abast de l'enriquiment per causa de mort al patrimoni net o, altrament, el principi segons el qual tenen preferència els creditors hereditaris abans que els adquirents a títol successori, apareix, tot i que de manera col·lateral, en l'article 461-21.2 CCCat, aplicable, només, en cas d'adquisició de l'herència a benefici d'inventari. En aquest precepte, el legislador es limita a establir una regla relativa a la manera d'administrar l'herència beneficiària, que tècnicament s'articula imposant a l'hereu un deure («Abans de complir o lliurar els llegats, l'hereu *ha de pagar* els creditors coneguts [...]»)¹⁵. La regla, que s'inspira en aquell principi i té com a pressupòsit lògic que els legataris s'hagin d'adreçar a l'hereu per a reclamar el llegat, el que fa és legitimar l'hereu per a posposar durant el temps que convingui el compliment dels llegats o, fins i tot, per a deixar la pretensió del legatari en *un no-res* si ha calgut aplicar l'objecte del llegat a la satisfacció o pagament dels crèdits i càrregues hereditaris. El principi donaria raó també de l'article 461-21.3 CCCat, que legitima els creditors hereditaris que apareguin després del compliment dels llegats a «repetir» contra els legataris si el romanent hereditari (que, cal entendre, li ha quedat a l'hereu) no és suficient per a satisfer els crèdits. Ni una regla ni l'altra són presents en l'article 461-20 CCCat, relatiu a l'adquisició pura i simple. Això no pot pas voler dir que, en aquests casos, aquell principi no regeix; de fet, l'article 432-2.1f CCCat proclama, amb caràcter general (tot i que ho faci formalment a propòsit de les regles que regeixen les donacions *mortis causa*), que, a l'hora de cobrar, els creditors passen per davant dels legataris (i, de retruc, dels donataris *mortis causa*). De fet, en

La RDGDEJ aborda indirectament per què el legatari no pot prendre possessió per si mateix; el que s'hi qüestiona, de fet, és per què la inscripció del *dret* llegat sobre una cosa específica i determinada exigeix una escriptura de lliurament efectiu de la possessió (vegeu els art. 14 de la Llei hipotecària i 81 del Reglament de la Llei hipotecària). La RDGDEJ posa en dubte el sentit d'aquesta exigència emparant-se en la naturalesa de dret de crèdit que tindria el dret en la reducció; noteu, però, que en el dret avui vigent la facultat de reducció és una facultat de configuració jurídica, i no pas un dret de crèdit, que, en canvi, és el que escau a la llegítima (art. 451-1 CCCat) i, segons la RDGDEJ, també a la quarta falcídia. Per la seva banda, la RDGDEJ del 15 de març de 2011 (Resolució JUS/803/2011, DOGC, núm. 5851 [4 abril 2022], p. 20408 i seg.) afirma, a propòsit de la necessitat que el legatari reclami al gravat el lliurament del llegat:

El fonament d'aquesta exigència és a la naturalesa mateixa de la institució d'hereu en el dret català, figura clau en l'ordenació de la successió. L'hereu és el successor del causant: adquireix els seus béns, se subroga en les seves obligacions, queda vinculat pels seus actes propis i ha de complir les càrregues hereditàries [...]. L'hereu, com a successor del causant, és qui ha de complir les càrregues hereditàries, entre les quals hi ha el compliment dels llegats.

Cal fer notar, però, que només són càrregues les despeses derivades del compliment o lliurament dels llegats, però no els llegats en si mateixos (art. 461-19 CCCat), i que el fet que s'imposin a càrrec de l'hereu és la conseqüència (no pas la raó) d'haver negat al legatari la facultat de possessionar-se per si mateix del llegat.

15. La cursiva és nostra.

l'adquisició pura i simple el que canvia és la massa patrimonial sobre la qual es pot fer efectiva la responsabilitat per deutes, que *s'eixampla* i esquitxa també els béns adquirits per l'hereu al marge, abans o després, de la successió; si l'adquisició és pura i simple, els creditors podran perseguir tots els béns de qui, aleshores, és el *deutor* (és a dir, tot el patrimoni de l'hereu, sigui quina sigui la seva procedència), però sense que això impliqui que, en cas d'insuficiència patrimonial de l'hereu, els creditors no puguin reclamar (o, en paraules de l'article 461-21.3 CCCat, «repetir») als legataris.¹⁶ En qualsevol cas, des de la perspectiva dels creditors hereditaris (i, almenys, pel que fa a l'adquisició *a benefici d'inventari*), que els legataris no puguin prendre possessió per si mateixos d'allò que se'ls ha llegat evita la dispersió dels béns (que es mantenen materialment concentrats en mans de l'hereu) i els estalvia perseguir a cadascun dels dits legataris; però noteu que si aquesta legítima retenció en mans de l'hereu no s'imposés (com passa, per exemple, en l'article 432-4.1 CCCat) o no regís, sigui pel que sigui (per exemple, perquè els legataris estaven legitimats per a prendre possessió per si mateixos i ho van fer [art. 427-22.4 CCCat], perquè els creditors apareixen després del lliurament dels llegats o, fins i tot, perquè l'hereu infringeix la prelació prevista en l'article 461-21.2 CCCat), els creditors igualment podrien reclamar contra els dits legataris *pràcticament* de la mateixa manera que els béns llegats, integrats en el patrimoni del deutor, responien dels deutes del causant abans de la seva mort.¹⁷

Quant a la reducció o supressió de llegats excessius (art. 427-39 CCCat), es tracta d'una regla que opera només en cas de llegats d'eficàcia obligacional. El precepte posa un límit al compliment d'aquest tipus de llegats, que encaixa amb la legitimació per a ser persona *gravable* amb un llegat (art. 427-7.1 CCCat): aquests llegats s'han de complir però fins al topall que representa el «benefici patrimonial» obtingut per causa de mort per qui resulta gravat per l'atribució (art. 427-7.1 CCCat). Per als lle-

16. Si l'adquisició ha estat pura i simple, es plantejaria si a l'empara del principi esmentat l'hereu estaria legitimat per a retenir el lliurament dels llegats o, per al cas de llegats obligacionals, per a no complir-los de moment i fins a haver satisfet els creditors hereditaris.

17. La diferència entre la manera en què aquests béns responen dels deutes del causant abans i després de la seva mort s'explica, essencialment, a l'empara de dues circumstàncies. La primera obeeix a la dissecció entre el deute (en el qual succeeix l'hereu, i no pas el legatari [tret del supòsit previst en l'art. 427-28.4 CCCat]) i la responsabilitat (que es predica del bé, la titularitat del qual correspon al legatari, no pas a l'hereu, des de la delació). No es tracta d'un supòsit anòmal. Tot i que sigui en un altre context, passa quelcom semblant en l'article 531-14 CCCat; aquí, els béns donats (titularitat del donatari) acaben responenent, en determinats casos, dels deutes del donant. La segona circumstància és que, viu el causant, la responsabilitat pels seus deutes afecta, sense distincions, el seu patrimoni; un cop mort i atribuït el bé al legatari (que és un *tercer* respecte del deute heretat per l'hereu), s'ha de respectar aquest negoci de destinació fet pel causant i, en conseqüència, la responsabilitat del bé llegat exigeix esgotar abans els *béns hereditaris rebuts per qui ara deu*, que és l'hereu. Si l'adquisició és pura i simple, la insuficiència patrimonial per a fer front als creditors del causant i a les càrregues hereditàries s'ha de considerar valorant allò rebut a títol hereditari i la resta de béns que pugui tenir l'hereu.

gats d'eficàcia real, aquesta regla no regeix ja que, per la mateixa naturalesa d'aquest tipus de llegats, el seu compliment mai no arribarà a neutralitzar aquell benefici o, dit altrament, el gravat no haurà de *sacrificar* o aplicar allò rebut per a satisfer aquests llegats; *no hi perdrà mai res, mai no desapareixerà el benefici patrimonial obtingut*, perquè allò llegat en cap moment va arribar a ser seu i sí, en canvi, del legatari d'ençà de la delació. O, encara d'una altra manera: no hi ha cap problema en el fet que «el valor dels llegats» d'eficàcia real «excedeixi el que la persona gravada obté per causa de mort», perquè res no impedeix que el legatari rebi, en virtut del llegat d'eficàcia real, quelcom de valor que excedeixi el que acaba adquirint l'hereu. En canvi, el compliment d'un llegat d'eficàcia obligacional sí que pot acabar neutralitzant aquell benefici si cal aplicar-lo al dit pagament. En el marc dels llegats d'eficàcia obligacional, la manca de legitimació per a «prendre possessió per si mateix» (art. 427-22.3 CCCat) equivaldria a la manca de legitimació per a cobrar-los per si mateix. I això en cap cas no és estrany; de fet, la regla general és la de la reclamació del compliment o pagament del deute (per exemple, per mitjà de l'exercici de la pretensió corresponent), i no pas la del cobrament *motu proprio* pel mateix creditor. En aquest context, hom diria, doncs, que el règim de la supressió o reducció de llegats excessius no justifica la manca de legitimació del legatari (afavorit amb un llegat d'eficàcia real) per a prendre possessió per si mateix del bé llegat.

¿La justifica, en canvi, el «dret a detreure la quarta falcídia» (art. 427-44 CCCat)? Els termes d'aquella justificació menen a la literalitat de l'article 427-40.1 CCCat, que diu que, a fi que a l'hereu li quedi «lliure la quarta part de l'actiu hereditari líquid», se li atribueix la facultat de «reduir» les atribucions successòries («l'hereu pot reduir els llegats [...]»), tot plegat a fi de poder «retenir en propietat aquesta quarta part». La reducció, per tant, provoca una modificació jurídica que altera la titularitat d'allò llegat (adquirida pel legatari, amb i per la delació [art. 427-15 CCCat]), de manera que aquella quarta part esdevé ara de l'hereu.¹⁸ I aquesta quarta part no s'ha de lliurar al legatari perquè ha deixat de ser seva. En aquest context, no hi ha, estrictament, *retenció* d'un bé aliè, sinó possessió d'un bé propi; si de cas, de *retenció* n'hi ha mentre

18. És des d'aquesta perspectiva que l'adquisició del llegat ha esdevingut inefaç (i, això, en concordança amb la presentació sistemàtica de la regulació de la quarta falcídia [art. 427-40 i seg. CCCat] en la secció tercera [«Ineficàcia dels llegats»] del capítol VII del llibre VI del CCCat). La reducció o supressió determina «la pèrdua» d'aquella titularitat, ja sigui íntegrament, ja sigui en part (*arg. ex art. 451-22.4 CCCat*).

l'hereu valora si té dret o no a reduir i si decideix fer-ho o no.^{19,20} La qüestió és, però, si l'efectivitat d'aquesta facultat justifica que el legatari no pugui prendre possessió per ell mateix d'allò que és seu. Per què no s'hauria de poder reduir el llegat encara que el bé es trobés ja en possessió del legatari? Senzillament es tractaria aleshores d'afegir a la facultat de reducció, entesa com a facultat d'alterar la titularitat de l'objecte del llegat (que transitaria, en la part *reduïda*, a l'hereu), una pretensió restitutòria adreçada a obtenir la possessió de la dita part o porció. De fet, l'article 427-44 CCCat avala que la possessió del legatari no implica necessàriament la pèrdua de la facultat de reduir. Això és així, almenys, en els dos supòsits que s'hi consideren: el primer és el de l'hereu que ha lliurat els llegats sense renunciar, ni expressament ni tàcitament, a la reducció (art. 427-44.1, *a contrario sensu*, CCCat);²¹ el segon és el del legatari que ha pres pos-

19. Estrictament, el CCCat no fixa un termini per a l'exercici del «dret a detreure la quarta falcídia» (art. 427-44.1 CCCat) ni, en general, per a exercir l'acció de reducció o supressió de llegats; pel que fa a això últim, l'article 427-44.2 CCCat només preveu la caducitat de l'acció per al cas que els legataris, autoritzats degudament, haguessin pres possessió dels béns; al contrari, es podria concloure que en altres casos (i, en concret, quan és l'hereu qui posseeix els béns) no hi ha termini d'exercici. La clau de volta pot trobar-se en la reclamació que el legatari li pugui adreçar per a exigir-li el lliurament, ja que, aleshores, una de dues: o bé se li lliura la possessió, o bé es *reté* el bé *en propietat* i en concepte de quarta falcídia (altrament, no hi hauria motiu vàlid per a legitimar la *retenció d'un bé* aliè).

20. El que es diu en el text té sentit si es tracta de llegats d'eficàcia real. Si el llegat és d'eficàcia obligacional, també hauria de ser possible reduir-lo en el sentit d'extingir-lo parcialment a fi que el seu compliment no neutralitzi íntegrament allò rebut per causa de mort i que, com a mínim, l'hereu pugui conservar (en el sentit de no aplicar al pagament del llegat) una quarta part del valor d'allò rebut (segons l'art. 444 del Projecte de Compilació de 1955: «[...] dicha reducción operará dejando liberado al heredero por la parte proporcional de su obligación»; vegeu «Proyecto de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña», a *Proyecto d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 889; aquesta disposició, però, no va arribar a la Compilació: vegeu l'art. 232 de la Compilació de dret civil especial de Catalunya [CDCEC], que només recull part de l'art. 444 del Projecte del 1955). La reducció de llegats d'eficàcia obligacional per raó de la quarta falcídia només molt *impròpiament* opera per la via de la *retenció en propietat* d'una quarta part del patrimoni hereditari, ja que la part retinguda ja és de l'hereu d'ençà de l'acceptació (de manera que la reducció no *pren* una titularitat al legatari per a *adquirir-la* l'hereu); la *reducció* només retalla l'abast del dret de crèdit del legatari, però sense que això tingui una projecció immediata en els béns hereditaris adquirits per l'hereu; senzillament, el legatari no li podrà exigir el compliment de *tant*.

21. De l'article 427-44.1 CCCat es dedueix que hi ha renúncia tàcita si l'hereu va lliurar íntegrament els llegats sabent que tenia dret a detreure'n la quarta falcídia (vegeu, qualificant el supòsit de *renúncia presumpta*, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, «Comentari a l'art. 427-44», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, volum I, Barcelona, Atelier, 2009, p. 887. Per la seva banda, la Sentència de l'AP de Barcelona del 16 de març de 2006 (JUR 2006\231710) senzillament nega, a l'empara de la prohibició d'anar en contra dels propis actes (avui prevista en l'art. 111-8 CCCat), que l'hereu pugui reduir res després de lliurar els llegats sense fer reserva en concepte de quarta falcídia. Pel que fa a la reducció per raó d'excés, l'article 427-39.1, al final, CCCat també vincula la pèrdua de la facultat de reduir al coneixement («sabent») del caràcter excessiu dels llegats satisfets íntegrament.

sessió per si mateix perquè hi està autoritzat. En aquest darrer cas, l'article 427-44.2 CCCat afegeix que el termini per a reduir són quatre anys a comptar de la mort del causant. ¿Això últim vol dir que *no* hi ha termini en cap altre cas i que la reducció esdevé incaducable?^{22,23,24} I encara una altra qüestió: si el legatari ha pres possessió *sense* estar-hi autoritzat, ¿l'hereu què ha de fer: recuperar primer la possessió de tot l'objecte llegat i, després, reduir la part que escaigui i lliurar al legatari la no reduïda, o bé pot senzillament reduir sense tenir, abans, la possessió del bé?²⁵ Sigui com sigui, sembla que la «retenció en propietat» de l'article 427-40.1 CCCat (entesa com a legitimació de l'hereu per a *no lliurar, totalment o parcialment, el bé i quedar-se'l en propietat*) és una manera de donar efectivitat al dret a la quarta falcidia o quota hereditària mínima (o al dret que li quedi «lliure [i en propietat] la quarta part de l'actiu hereditari líquid» [art. 427-40.1 CCCat]). L'instrument tècnic al servei de la quarta seria, en tot cas, l'acció de reducció (adreçada a *reduir* la titularitat del legatari i a fer que aquesta part reduïda *faci trànsit* a l'hereu). I només és a fi d'afavorir la *fluidesa* de tot plegat que no es permet que el legatari pugui prendre possessió per si mateix; més clar: és més fàcil per a l'hereu *quedar-se allò que ja posseeix* que no pas *reclamar al legatari posseïdor*. La conclusió última és, doncs, que aquella manca de legitimació no és un requisit tècnic del qual depengui l'efectivitat de la quarta falcidia, ja que, tècnicament, l'acció de reducció no exigeix posseir el bé sobre el qual es projecta.

22. Vegeu *supra* la nota 21.

23. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 273. Els autors sostenen que el termini també és de quatre anys si el legatari ja tenia la possessió del bé abans de la mort del causant o si la possessió va ser lliurada per la persona legitimada (per exemple, un marmessor).

24. La caducitat de l'acció de reducció planteja la de la subsistència del «dret a detreure la quarta falcidia»: malgrat que ja no es puguin reduir els llegats, ¿aquest dret perviu (com ho fa, per exemple, la llegítima [amb un termini de prescripció de deu anys; art. 451-27 CCCat] malgrat la caducitat de l'acció d'inoficiositat [pel pas de quatre anys d'ençà de la mort; art. 451-24.2 CCCat])?

25. Vegeu, a propòsit de l'anomenat *interdicte «quod legatorum»*, José PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, tom IV, Barcelona, Vela, 1943, p. 30. Es remunta a l'època prejustiniana i s'adreça a l'hereu pogués recuperar «las cosas de las que se hubiese apropiado el legatario» a l'efecte d'«asegurar al heredero la detracción de la cuarta falcidia, porque se alcanza, desde luego, que si por acto propio los legatarios se llevasen de la herencia las cosas que les fueron legadas, medrado estaría tal heredero para hacer la detracción». Regia, només, en el cas dels anomenats llegats *per damnationem, sinendi modo i per praeceptionem*, que demanaven la intervenció de l'hereu, mentre que en el llegat *per syndicationem* el legatari podia reivindicar el bé a qui el tingués (sobre aquestes modalitats, vegeu Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, tom I, llibres I i II de les *Instituta*, Madrid, Librería de D. Lecadio López, 1977, p. 650 i seg.; quant a la unificació dels diferents tipus de llegats i el reconeixement a tot legatari d'una acció personal i d'una de real, vegeu *Instituta*, II, 30, § 2: «[...] disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam [...]».

Això últim, ho rebla el règim de l'acció d'inoficiositat legitimària (art. 451-24 CCCat). Certament, és l'hereu qui respon del pagament de la llegítima (art. 451-15 CCCat), però noteu que: primer, literalment en el CCCat no hi ha cap norma que legitimi l'hereu a no lliurar els béns llegats fins que s'hagi satisfet la llegítima i en previsió d'ésser necessari reduir-ne o suprimir-ne algun (cfr. art. 461-21.2 CCCat);²⁶ segon, un cop lliurats els llegats, tant l'hereu com els legitimaris tenen acció per a reduir o suprimir llegats a fi i efecte de provocar una «pèrdua de titularitat» suficient per a satisfer la llegítima (art. 451-22.3 CCCat). Des de la perspectiva de la llegítima, doncs, que el legatari no pugui prendre possessió per si mateix també s'explica des d'una perspectiva pràctica adreçada a facilitar-li el cobrament del seu dret: quan el reclami a l'hereu, si la situació és d'inoficiositat legitimària *sembla* que és més fàcil que el reclamat redueixi llegats i apliqui la part reduïda al pagament de la llegítima, que no pas que el legitimari hagi d'adreçar-se al legatari i reduir l'atribució.²⁷

II. ¿I si, tot i no estar-hi legitimat, el legatari pren possessió per si mateix de l'objecte llegat? Caldria distingir aleshores en funció de si la possessió l'havia pres abans l'hereu o no (art. 411-6 CCCat). Si el posseïdor és un tercer, l'article 427-22.3 CCCat legitima directament el legatari per a reivindicar; en aquest cas, adquirirà la possessió sense passar, abans, per la possessió de l'hereu. En aquest supòsit, no s'ha de posar en dubte que els creditors hereditaris podran perseguir el bé en els termes de l'arti-

26. Entre altres possibles títols, l'article 81 del Reglament hipotecari demana, a fi de poder inscriure el dret llegat: o bé una escriptura de manifestació feta pel legatari autoritzat per a prendre la possessió per si mateix «siempre que no existan legitimarios», o bé una escriptura de lliurament atorgada pel marmessor o hereu i el legatari. Ni l'existència de legitimaris frena el lliurament per l'hereu ni, en el context del dret català, s'acaba de veure per què la llegítima impedeix la inscripció en el Registre (cal entendre, mentre estigui pendent de pagament), ja que, si cal, el legitimari (i el mateix hereu) pot reduir o suprimir el llegat.

27. L'afavorit amb una atribució particular feta en un pacte successori, a diferència del legatari, pot prendre possessió «per ell mateix» (art. 431-30.3 CCCat). Aquesta legitimació també la té el donatari *mortis causa* (art. 432-4.2 CCCat). Les coincidències no acaben aquí: ni aquest tipus de donacions ni aquelles atribucions són reduïbles per raó de la quarta falcídia; ni les unes ni les altres tampoc no són imputables a aquesta quarta part (art. 427-42 i 427-43 CCCat; vegeu Susana NAVAS NAVARRO, «El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya», *Indret*, núm. 2/2009, p. 30, qui defensa que les atribucions particulars en un pacte successori excloses de la imputació i la reducció per raó de la quarta falcídia només haurien de ser les que afavoreixen un atorgant del pacte, però no les ordenades a favor d'un tercer). Però les unes i les altres sí que són reduïbles per inoficiositat legitimària (art. 451-22.3 CCCat) i resten també subjectes al dret preferent dels creditors hereditaris; això resulta de la lectura conjunta dels articles 432-2.1f (que identifica aquesta preferència com una *norma dels llegats*) i 431-30.5 CCCat (que mana aplicar a les atribucions particulars fetes en un pacte successori «les normes dels llegats, en allò en què siguin compatibles amb llur naturalesa irrevocable»). Tot plegat conforma un argument més de cara a evidenciar que, tècnicament, la presa de possessió del bé per l'afavorit (tant si és donatari com si és atributari) no altera ni la preferència dels creditors ni la dels legitimaris. Pel que fa a la quarta falcídia, ja s'ha dit (vegeu *supra*) que la *retenció només* facilita la *reducció*, però sense que l'arribi a condicionar fins al punt que, si no es reté, no es pugui reduir.

cle 461-21.3 CCCat, o que, si escau, l'hereu igualment podrà reduir o suprimir l'atribució per raó de la quarta falcídia o de la llegítima (art. 427-44. 2 i 451-24.1 CCCat).

Pot passar, però, que l'hereu *encara* no hagi esdevingut posseïdor²⁸ perquè encara *no* hagi pres possessió de l'objecte del llegat, ja sigui perquè, podent-ho fer, encara no ha adquirit el poder de fet en què consisteix la possessió (art. 521-2.1a CCCat), ja sigui perquè, com que el bé es troba en mans d'un tercer, passa que l'hereu no ha actuat de cara a adquirir-la. Pel que fa a això últim, les circumstàncies del cas determinaran les accions a l'abast de l'hereu, ja siguin les accions possessòries de les quals ja disposava el causant i que encara no hagin prescrit (art. 522-7.1 i 121-22 CCCat),²⁹ ja sigui l'acció adreçada a adquirir la possessió (art. 250.1.3 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC)) o la mateixa acció de petició d'herència (art. 465-1 CCCat),³⁰ aquesta acció, però, només escaurà si qui es nega a lliurar la possessió a l'hereu ho fa perquè li discuteix el títol successori; en canvi, si la resistència a restituir no té a veure amb la condició d'hereu de qui li reclama els béns i sí, en canvi, amb el seu dret a posseir, aleshores serà procedent interposar una acció reivindicatòria que exigirà acreditar la titularitat que tenia el causant sobre el bé (art. 465.1.1, *a contrario sensu*, CCCat).³¹ Sigui com sigui, la circumstància comuna a tots els supòsits anteriors és, com dèiem, que l'hereu *encara* no ha esdevingut posseïdor. La qüestió rau, aleshores, a saber si el legatari pot, prescindint de tota reclamació envers l'hereu, procurar-se per si mateix la possessió de l'objecte del llegat. D'entrada, convé fer dues observacions. La primera és que l'acció de l'article 427-22.1 CCCat no decau pel fet que l'hereu no tingui la possessió del bé; no s'hi val, en aquest sentit, afirmar que la dita acció és improcedent perquè l'hereu no podrà lliurar allò que no té. Però passa que la manca de possessió en el moment de la reclamació afecta més l'efectivitat de l'acció (és a dir, si, a la pràctica, serà una bona via per a obtenir la possessió) que no pas la seva susceptibilitat de ser interposada: la legitimació passiva la té, en tot cas, l'hereu gravat (sigui o no posseïdor en el moment d'interposar-se) i d'aquí que, d'entrada, sigui ell a qui pertoquei *espavillar-se* (potser procurant-se abans la restitució o adquisició de la possessió del bé) a fi de poder complir el llegat (art. 427-18.1 CCCat). El segon comentari mena novament

28. La possessió recaurà sobre un bé aliè (adquirat pel legatari amb i per la delació [art. 427-15 CCCat]) i en concepte d'hereu, és a dir, en virtut no tant d'un «dret» (art. 522-1.1 CCCat) que legitima la dita possessió, sinó d'un títol successori que compleix la mateixa funció legitimadora.

29. Vegeu Juan José LÓPEZ BURNIOL i Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentari de l'art. 411-6», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, p. 81.

30. Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Comentari de l'art. 427-22», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, p. 814.

31. Si el dret a posseir del tercer deriva d'un suposat dret personal (per exemple, per raó d'arrendament, de comodat...), aleshores pertocarà a l'hereu interposar la pertinent acció contractual adreçada a la restitució de la possessió.

al que s'ha dit a propòsit de l'acció de petició d'herència i, en concret, als casos en què resulta improcedent perquè el posseïdor no vol restituir perquè defensa que la titularitat era seva i no del causant. En aquests supòsits, és precisament el legatari, i no pas l'hereu, el legitimat per a interposar l'acció reivindicatòria (art. 427-22.2 CCCat). Pel que fa a la resta, doncs, ¿aquest successor particular s'ha de limitar a reclamar *personalment* a l'hereu gravat la possessió (art. 427-22.1 CCCat), però sense poder interposar per ell mateix accions possessòries (de protecció o adquisició) relatives a un bé esdevingut seu d'ençà de la delació? Què fer, a més, si el que passa és que, reclamada la possessió a l'hereu, senzillament *no la pren* i, per tant, no la lliura? Sembla que només resta l'opció de forçar el compliment de l'obligació de lliurar (art. 427.22.1 CCCat) per la via de l'execució forçosa de la sentència que condemni al lliurament.^{32,33}

L'escenari és del tot diferent si, presa la possessió per l'hereu, el legatari el desposseeix sense reclamar-li abans el lliurament del llegat. La possessió del legatari, presa per si mateix i sense legitimació per a fer-ho, planteja diferents qüestions. Una seria la relativa a la seva condició de posseïdor de *bona* o de *mala fe*; certament, l'article 521-7 CCCat distingeix entre l'una i l'altra en funció de si en el posseïdor concorre o no «la creença justificable de la titularitat del dret» («dret» que, cal entendre, és en concepte del que es desposseeix); evidentment, aquesta creença la tindrà (i, a més, molt justificadament) el legatari afavorit amb un llegat d'eficàcia real relatiu a un dret posseïble; d'aquí resultaria la *bona fe* d'una possessió que el legatari hauria adquirit, però d'una manera (per si mateix) per a la qual no estava legitimat. Però aquesta manca de legitimació, més que tenyir de mala fe la possessió del legatari, potser l'única conseqüència que té és que permet que l'hereu pertorbat recuperi el bé per mitjà d'una ac-

32. Vegeu Pedro ALBIOL MARÉS, «Comentario del art. 271», p. 961, qui defensa que el legatari només pot demanar a l'hereu que prengui la possessió del bé per a després lliurar-l'hi a ell.

33. Pel que fa al lliurament de la possessió del fideïcomís, l'article 426-45 CCCat preveu que es faci en el termini d'un mes a comptar de l'endemà del dia en què es requereixi, judicialment o notarialment, al fiduciari. A més: primer, el títol de detentor si no lliura el fideïcomís en el dit termini; segon, legitima el fideïcomissari per a reclamar judicialment la possessió pels mitjans que estableix la «legislació processal». En cap cas no es permet al fideïcomissari prendre possessió per si mateix (tot i que la norma segurament no té present aquest cas i pressuposa que la possessió la té el fiduciari, sense plantejar-se el supòsit que aquest darrer ni l'hagi arribat a prendre o que l'hagi perdut). La reclamació judicial de la possessió de què parla l'article 426-45 CCCat no exclou cap mecanisme; per exemple, es podria interposar una pretensió possessòria (art. 250.1.3 LEC), però, també, una de reivindicatòria (que és l'única esmentada en l'art. 427-22.2 CCCat). Noteu, però, que aquests mecanismes pressuposen un bé concret, mentre que l'objectiu del fideïcomissari (almenys en cas de fideïcomís universal) és la presa de la possessió «de l'herència» (art. 426.45.1 CCCat), que perfectament pot encloure posicions jurídiques no possessòries. Serveix, en canvi, a aquesta universalitat l'acció de petició d'herència (art. 465-1 CCCat), de la qual podria també fer ús el fideïcomissari per molt que, com la reivindicatòria, la considera, d'entrada, la norma civil (art. 544-1 i 465-1 CCCat) abans que la processal. Per altra banda, es podria plantejar l'aplicació per analogia de l'article 426-45 CCCat, quant a la consideració de l'hereu gravat com a detentor, per al cas de no lliurar injustificadament el llegat al legatari quan aquest li reclama el lliurament o compliment.

ció possessòria (art. 522-7.1 CCCat). Però, aleshores, aquesta primera qüestió mena a una segona, que és la del sentit o la utilitat d'aquesta recuperació. En concret, per què interessaria promoure aquella restitució en aquells supòsits en els quals ni tan sols escau retenir per raó de la quarta falcídia o, si escau, l'hereu ja pot interposar *només* una acció de reducció?; quin interès hi hauria a recuperar la possessió si no pertoca reduir per raó d'inoficiositat o, si pertoca, si l'hereu o el legitimari ja disposa també d'una acció de reducció o supressió?; en fi, en què de bo reverteix aquesta recuperació de la possessió per part de l'hereu si el creditor hereditari també pot adreçar-se al legatari?

2.3. A PROPÒSIT DE LA PRESCRIPCIÓ

I. A fi de no veure's paralitzades per l'al·legació de prescripció, les pretensions adreçades a obtenir el compliment o el lliurament del llegat s'han d'exercir *a temps*. Aquest exercici, que pel que fa al legatari implicarà la consolidació del llegat (o, dit altrament, la pèrdua de la facultat de repudiar l'atribució [art. 627-16.1 CCCat]), resta sotmès a diferents terminis de prescripció en funció de quina sigui la naturalesa del llegat. Si es tracta d'un llegat d'eficàcia obligacional, seran aplicables o bé el termini triennal de l'article 121-21a CCCat (per al cas que la prestació consisteixi en un pagament periòdic que s'hagi de complir per anys o per terminis més breus) o bé, en altres casos, el termini decennal de l'article 121-20 CCCat. Però si es tracta d'una titularitat real susceptible de reivindicació, regeix la imprescriptibilitat de l'article 544-3 CCCat, i això tant si l'acció s'interposa contra el gravat com si es formula contra un tercer (art. 427-22.3 CCCat).³⁴ Si s'opta per reclamar el lliurament a l'empara del títol successori, i no tant del dret atribuït,³⁵ és a dir, a través de l'acció personal de l'article 427-22.1 CCCat, aleshores el termini de prescripció, a manca de cap altre, és el decennal de l'article 121-20 CCCat.

II. El còmput del termini s'inicia, en tots els casos, «quan, nascuda i exercible la pretensió», el legatari «coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir» (art. 121-23.1 CCCat). En aquest sentit, el naixement i el caràcter exercible de la pretensió remetent al moment de la mort, tret que, pel que fa a l'eficàcia de l'atribució, resti sotmesa a una condició

34. La càrrega de la prova en l'acció real és, però, més feixuga que en l'acció personal de l'article 427-22.1 CCCat, atès que la reivindicació exigeix, per part de la part actora (en el cas, el legatari), provar la titularitat del bé, fet que, al seu torn, implica acreditar la titularitat del causant (cfr. art. 465-1.1, al final, CCCat). Si la que s'interposa és l'acció personal, al legatari només li cal acreditar que el bé se li ha atribuït a títol de llegat.

35. Si el dret atribuït era un crèdit titularitat del causant, la seva prescripció serà la que escaigui en funció del tipus de crèdit.

suspensiva o a un termini inicial (art. 427-12 CCCat).³⁶ Pel que fa al coneixement, real o raonablement potencial, de les circumstàncies que fonamenten la pretensió, caldrà atendre al cas concret a fi d'analitzar en quin moment el legatari raonablement va poder ser coneixedor de l'atribució feta pel causant. Cal fer notar que aquestes circumstàncies no es limiten a la mort, sinó a la mateixa atribució particular, que és tant com dir que convindrà analitzar en quin moment el legatari va poder tenir coneixement del testament o del codicil atorgat i del contingut de l'un o l'altre.

El coneixement, real o potencial, es projecta també sobre la persona contra la qual es pot exercir la pretensió i que cal identificar amb el gravat o amb la persona legitimada per al lliurament (ja sigui un marmessor particular [art. 429-12 CCCat], ja sigui un d'universal [art. 429-9.1e i 429-10b CCCat]). Si el gravat és l'hereu, el còmput del termini de prescripció s'ha d'iniciar quan el legatari conegui (o quan hauria d'haver conegut) l'acceptació del títol. En conseqüència, la sola presa de possessió dels béns pel cridat (o, fins i tot, l'exercici d'accions possessòries [art. 411-9.1 CCCat]), sense que el dit posseïdor actuï en qualitat d'hereu, no basta per a legitimar-lo passivament, almenys pel que fa a la pretensió adreçada al compliment dels llegats d'eficàcia obligacional i també a la pretensió personal dirigida a obtenir el lliurament del llegat d'eficàcia real (art. 427-22.1 CCCat).³⁷ Ara bé, pel que fa a l'acció reivindicatòria (art. 427-22.2 CCCat), sembla que si el bé és posseït per un tercer, el legatari, convertit en titular d'ençà de la delació (art. 427-15 CCCat), podrà reivindicar-lo des del mateix moment de la mort i, si la possessió del tercer és injustificada, obtenir-ne la restitució prescindint de la situació d'herència jacent en què es pugui trobar el patrimoni hereditari. Però si la possessió l'ha pres el cridat, el legatari li la podrà reivindicar? La clau de volta, en aquest cas, sembla que serà la naturalesa de la possessió que es

36. La suspensió d'efectes priva el legatari de la facultat d'exigir el compliment del llegat (o, per la mateixa raó, de reivindicar el bé atribuït). Però, pel que fa al gravat, tot i que no «ha de lliurar [...] o complir» el llegat fins que venci el termini o acabi «la raó legal de demora» (art. 427-18 CCCat), pot anticipar el lliurament en cas de condició i terminis suspensius, llevat que el termini s'hagi establert en benefici del legatari (art. 427-12.3 CCCat).

37. Quan són cridats més d'un hereu i mentre n'hi hagi que encara no han exercit la delació, l'article 411-9.4 CCCat legitima els que hagin acceptat, «sota la seva responsabilitat», a «complir els llegats», entre altres actuacions. Sembla, però, que la norma pressuposa: o bé que el llegat grava a tots els hereus o bé, com a mínim, al que ha acceptat; en qualsevol altre cas, la regla no tindria sentit (perquè es deixaria el compliment del llegat a les mans d'algú que no és el gravat). Per altra banda, el lliurament de la possessió al legatari per part de l'únic cridat (o per part d'un dels cridats abans de l'acceptació de qualsevol d'ells) planteja la qüestió relativa als *efectes* del dit compliment; de fet, la qüestió de l'eficàcia va més enllà d'aquesta actuació particular i es pot plantejar sempre que el cridat duguï a terme un acte per al qual l'article 411-9 CCCat no li reconeix legitimació. Si, abans d'acceptar, el cridat o un dels cridats compleix amb el llegat, ¿aquesta actuació què implicarà: acceptació tàcita perquè es tracta d'un acte que no es pot fer si no és a títol hereu (art. 411-9.4 i 461-5a CCCat)? ¿O, senzillament, es tractarà d'un acte *ineficax* perquè no s'estava legitimat per a fer-lo (i per això, per exemple, es podrà recuperar la possessió com a acte de «defensa» de l'herència [art. 411-9.1 CCCat])?

pren i s'exerceix en situació d'herència jacent, és a dir, si es tracta, a més d'una possessió autoritzada, d'una possessió *justificada* i suficient, almenys, per a paralitzar l'acció reivindicatòria que pugui interposar el legatari. Ja s'ha indicat que l'article 411-9 CCCat exigeix que un dels cridats hagi acceptat per a «complir» els llegats, però l'expressió, certament, enllaça més amb l'acció personal que no pas amb la real. La reflexió final, que en cap cas esvaeix el dubte, és que si s'admet que l'acció reivindicatòria pot arribar a funcionar mentre l'herència es troba jacent i no s'ha acceptat (*arg. ex art. 411-9 CCCat*), aleshores potser convindria parlar del caràcter talment *privilegiat* dels llegats d'eficàcia real que recauen sobre la propietat d'un bé.

EL CONTROL DE CONTINGUT DE CLÀUSULES QUE INCORPOREN NORMES DISPOSITIVES: UNA RETROSPECTIVA ARRAN DE LA SENTÈNCIA VŠEOBECNÁ ÚVEROVÁ BANKA¹

Antoni Mut Piña

*Investigador predoctoral de dret civil
Universitat de Barcelona*

Aquest treball té per objecte analitzar la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) del 9 de novembre de 2023,² relativa a l'assumpte C-598/21, sobre una petició de decisió prejudicial plantejada pel Krajský súd v Prešove (Tribunal Regional de Prešov, Eslovàquia), tenint en compte la línia jurisprudencial marcada pel TJUE en relació amb l'excepció d'aplicabilitat continguda en l'article 1.2 de la Directiva 93/13, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors³ quan aquestes incorporen normes dispositives.

1. INTRODUCCIÓ

L'objectiu de la Directiva 93/13 és garantir la protecció efectiva dels consumidors contra les clàusules no negociades que generin un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que derivin del contracte. D'acord amb la juris-

1. Aquest treball s'ha fet en el marc dels projectes d'investigació següents: «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (Programa Nacional de Ciències Socials, Econòmiques i Jurídiques), 2022-2025, ref. PID2021-125149NB-I00, Ministeri de Ciència, Innovació i Universitats; i «Retos del derecho procesal (ReDePro)» (Ajuts de Suport als Grups de Recerca de Catalunya, SGR), 2023-2026, ref. 2021 SGR 00991, Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR). Vull expressar un agraïment especial al professor Fernández de Senespleda, per la seva inestimable ajuda i orientació en la confecció d'aquest treball.

2. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) del 9 de novembre de 2023, cas S. P. i C. I. contra Všeobecná Úvěrová Banka a.s., assumpte C-598/21 (ECLI:EU:C:2023:845).

3. Directiva 93/13/CEE del Consell, del 5 d'abril de 1993, relativa a les clàusules abusives en els contractes amb consumidors (DO L 95 [21 abril 1993], p. 29).

prudència consolidada⁴ del TJUE, el sistema de protecció introduït per la Directiva es basa en la idea que el consumidor es troba en una posició feble respecte al venedor o proveïdor, tant pel que fa al seu poder de negociació com al seu grau de coneixement, i això fa que el consumidor accepti unes condicions establertes prèviament pel venedor o proveïdor sense poder influir en el seu contingut. En aquest sentit, resulta essencial el control que els òrgans judicials puguin fer de les clàusules que configurin el contingut contractual.

L'origen d'aquestes estipulacions és múltiple, per la qual cosa poden provenir del que imposa la mateixa llei, de la voluntat de les parts de conformitat amb la normativa aplicable o de pactes sorgits de l'autonomia individual dels contractants sense reflex legal de cap mena. En aquest sentit, tant la jurisprudència com la doctrina ha discutit quin és el límit del control d'abusivitat quan aquestes clàusules reflecteixen disposicions normatives, ja siguin imperatives, ja siguin facultatives o bé supletòries.⁵

L'article 1 de la Directiva 93/13 estableix que les clàusules que reflecteixen disposicions legals o reglamentàries imperatives no estan sotmeses al control d'abusivitat. El considerant número tretze matisa que les disposicions legals o reglamentàries dels estats membres per les quals es fixen, directament o indirectament, les clàusules dels contractes subscrits amb els consumidors, no contenen clàusules abusives i, per tant, no esdevé necessari sotmetre a les disposicions de la Directiva les clàusules que reflecteixen les disposicions de convenis internacionals dels quals els estats membres o la comunitat siguin part. D'aquesta manera, l'expressió «disposicions legals o reglamentàries imperatives»⁶ que apareix en l'apartat segon de l'article 1 de la Directiva inclou també les normes que, d'acord amb el dret, s'apliquen entre les parts contractants quan no existeixi cap altre acord.

La lectura combinada d'aquests dos preceptes pot fer que sorgeixi certa controvèrsia jurídica. Per una banda, es pot interpretar que no només les disposicions en què no pot entrar en joc l'autonomia de la voluntat formen part del règim d'excepcionalitat de l'article 1.2 de la Directiva, sinó que també cal incloure-hi les que, a falta d'acord, determinin el contingut del contracte. Per altra banda, si l'expressió s'interpreta de manera restrictiva, sembla que únicament afecta les normes de caràcter imperatiu, i no les dispositives, sobre les quals sí que els òrgans jurisdiccionals podrien entrar a valorar una possible abusivitat.

4. STJUE del 17 de maig de 2018, cas Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW contra Susan Romy Jozef Kuipers, assumpte C-147/16 (ECLI:EU:C:2018:320).

5. J. M. FUSTER, «El control judicial de cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias», *InDret*, núm. 4 (2019).

6. Totes les traduccions de sentències del TJUE són nostres.

2. EL CONTROL DE CONTINGUT DE CLÀUSULES QUE INCORPOREN NORMES DISPOSITIVES. LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

Podem localitzar una primera aproximació a aquesta controvèrsia en la Sentència del TJUE del 21 de març de 2013, relativa a l'assumpte C-92/11.⁷ En aquest cas, l'empresa RWE Vertrieb AG, proveïdora de gas natural, comercialitzava les seves tarifes, en part fixades per la legislació nacional, a través de dues tipologies contractuals. Els canvis de tarifes estaven regulats únicament per a un tipus de contracte en què la companyia podia variar els preus de manera unilateral sense indicar els motius, les condicions o l'abast de la variació. En aquest sentit, la legislació només exigia que els consumidors fossin informats de la variació i els permetia rescindir el contracte si no l'acceptaven. RWE va augmentar els preus del gas quatre vegades entre el juliol del 2003 i l'octubre del 2005. Davant la impossibilitat que els clients canviessin de proveïdor de gas, la Verbraucherzentrale NRW eV (Centre del Consumidor de Renània del Nord-Westfàlia) reclamà un reemborsament que compensés l'augment de preus esmentat. Després que la primera i la segona instàncies acceptessin les pretensions de la Verbraucherzentrale NRW eV, RWE interposà un recurs de cassació contra la sentència dictada per l'Oberlandesgericht.

En aquest context, el Bundesgerichtshof va estimar que la solució del litigi principal depenia de la interpretació de l'article 1.2 de la Directiva 93/13. Va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE (§⁸ 23) una qüestió prejudicial que tenia per objecte saber si l'article 1 (§ 2) de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que les clàusules contractuals sobre modificacions de preus incloses en contractes de subministrament de gas amb consumidors als quals se subministra gas al marge de l'obligació general de subministrament, en el marc de la llibertat contractual general (clients especials), no estan subjectes a les disposicions de la Directiva si en les clàusules contractuals esmentades es reproduïen literalment, per a les relacions contractuals amb clients especials, les disposicions legals vigents per als clients subjectes a tarifa en el marc de l'obligació general de connexió i subministrament.

En la Sentència (§ 26) el TJUE afirma que del considerant tretzè de la Directiva 93/13 cal extreure la conclusió que l'exclusió prevista en l'article 1.2 d'aquesta s'extén a les clàusules que reflecteixen les disposicions del dret nacional que s'apliquin entre les parts contractants, amb independència de la seva elecció, o les de les disposicions aplicables per defecte, és a dir, quan les parts no arriben a un acord diferent, i que, en el mateix sentit, en l'àmbit d'aplicació de la Directiva s'exclouen les clàusules

7. STJUE del 21 de març de 2013, cas RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, assumpte C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180).

8. Indiquem amb el símbol § els paràgrafs de les sentències comentades.

contractuals que reflecteixin les disposicions de la normativa nacional que regulen una categoria determinada de contracte, no només quan el contracte subscrit per les parts pertany a aquesta categoria de contracte, sinó també les dels altres contractes als quals sigui aplicable aquesta normativa d'acord amb el dret nacional. Així doncs, el TJUE adopta el posicionament de l'advocat general, que en el punt 47 de les conclusions⁹ indica que aquesta exclusió es justifica pel fet que és legítim presumir que el legislador nacional ha establert un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes (§ 28).

Tanmateix, el TJUE acaba determinant que el raonament segons el qual és legítim presumir que el legislador nacional ha establert un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes —i, per tant, no té sentit incloure en l'àmbit d'aplicació de la Directiva les clàusules contractuals que reflecteixin les disposicions de la normativa nacional— no és vàlid quan el legislador nacional ha decidit excloure un determinat contracte de l'àmbit d'aplicació d'una determinada norma —tal com succeeix en el cas— (§ 31). En conseqüència, el Tribunal determina que l'article 1.2 de la Directiva ha d'interpretar-se en el sentit que les clàusules incloses en contractes, subscrits entre un professional i un consumidor, que reproduïen una disposició del dret nacional aplicable a una altra categoria de contracte i que no estan subjectes a la normativa nacional de què es tracti, no estan incloses dins el paraigua d'excepcionalitat configurat per l'article 1.2 de la Directiva (§ 65).

En aquesta qüestió, hi ha una claredat aparent de la posició del TJUE quan estableix:

[...] l'exclusió prevista a l'article 1.2 s'estén a les clàusules que reflecteixen les disposicions del dret nacional que s'apliquin entre les parts contractants amb independència de la seva elecció o aquelles d'aquestes disposicions aplicables per defecte, és a dir, quan les parts no arriben a un acord diferent sobre això (§ 26).

Malgrat això, és essencial analitzar que posteriorment hom pot servir-se de la Sentència RWE Vertrieb com a punt de referència per a sostenir una interpretació que empari la validesa del control de contingut en clàusules que incorporen normes de caràcter dispositiu.

Així, en la Sentència del 10 de setembre de 2014, relativa al cas C-34/13,¹⁰ el TJUE indica que l'article 1.2 de la Directiva estableix una exclusió de l'àmbit d'aplicació que inclou les clàusules que reflecteixin disposicions legals o reglamentàries impe-

9. Conclusions de l'advocat general del TJUE del 13 de setembre de 2012, cas RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, assumpte C-92/11 (ECLI:EU:C:2012:566).

10. STJUE del 10 de setembre de 2014, cas Monika Kušionová contra SMART Capital, a.s., assumpte C-34/13 (ECLI:EU:C:2014:2189).

ratives. Segons el Tribunal, la protecció dels consumidors contra les clàusules abusives inserides en els contractes conclusos per professionals amb consumidors justifica que aquesta excepció, com totes, s'interpreti estrictament. El TJUE acaba determinant que, d'acord amb el posicionament mantingut en la sentència del cas RWE Vertrieb, l'exclusió requereix la concurrència de dues condicions: en primer lloc, que la clàusula contractual reflecteixi una disposició legal o reglamentària i, en segon lloc, que tingui caràcter imperatiu (§ 78). Es podria interpretar, en aquest sentit i *a contrario sensu*, que si una clàusula no té caràcter imperatiu, no forma part de l'excepció de l'article 1.2 de la Directiva, ja que no es compleix una de les dues condicions marcades per Tribunal. Com veurem més endavant, el TJUE tanca aquesta porta mitjançant l'adopció d'una interpretació àmplia del que cal entendre per *clàusula imperativa*, que permet incloure normes amb caràcter dispositiu dins l'abast del règim excepcional.

De totes maneres, aquest mateix posicionament, en què l'exclusió s'interpreta de manera estricta, el veurem podem veure reflectit en sentències com la del 20 de setembre de 2017, relativa a l'assumpte C186/16,¹¹ o la del 3 de març de 2020, relativa a l'assumpte C-125/18.¹² En el cas C-186/16, la clàusula controvertida en el litigi principal es limita a reflectir el principi del nominalisme monetari recollit en l'article 1578 del Codi civil romanès (§ 26). En la sentència relativa a l'assumpte C-125/18, per altra banda, el TJUE ha de dirimir si l'article 1.2 de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que queda fora de l'àmbit d'aplicació d'aquesta mateixa directiva la clàusula d'un contracte de préstec hipotecari celebrat entre un consumidor i un professional que preveu que el tipus d'interès aplicable al préstec es basi en un dels índexs de referència oficials (índex IRPH) establerts per la normativa nacional i que les entitats de crèdit poden aplicar als préstecs hipotecaris (§ 28).

Tanmateix, han estat pocs els casos en què el TJUE ha presentat dubtes seriosos en relació amb la inclusió de la normativa dispositiva dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva. L'argument que més s'ha reiterat per tal de donar suport a l'assimilació entre normes imperatives i normes dispositives és que l'exclusió es justifica pel fet que és legítim presumir que el legislador nacional ha disposat un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes, equilibri que el legislador de la Unió ha volgut preservar expressament.

Així doncs, en la Sentència del 30 d'abril de 2014,¹³ relativa al cas C-280/13, el TJUE ha de valorar si són conformes al dret europeu les disposicions de la Llei d'enjudiciament civil que preveuen, d'una banda, que, malgrat l'adjudicació al creditor

11. STJUE del 20 de setembre de 2017, cas Ruxandra Paula Andriciuc i altres contra Banca Românească SA, assumpte C-186/16 (ECLI:EU:C:2017:703).

12. STJUE del 3 de març de 2020, cas Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia SA, assumpte C-125/18 (ECLI:EU:C:2020:138).

13. STJUE del 30 d'abril de 2014, cas Barclays Bank SA contra Sara Sánchez García i Alejandro Chacón Barrera, assumpte C-280/13 (ECLI:EU:C:2014:279).

hipotecari d'un immoble hipotecat el valor de taxació del qual és superior a l'import total del crèdit garantit, per un import igual al 50 % del valor esmentat quan no compareix cap tercer com a postor, el creditor hipotecari pot exigir que prossegueixi l'execució forçosa del títol en què es basa el seu crèdit per un import corresponent al saldo que resta per pagar; igualment, el TJUE també ha de valorar si són conformes les disposicions de la Llei d'enjudiciament civil que autoritzen l'ampliació de les garanties del creditor en el supòsit que disminueixi en un 20 % el valor de taxació de l'immoble hipotecat, sense considerar la possibilitat que aquest valor de taxació augmenti a favor del deutor. El TJUE acaba indicant que la Directiva 93/13/CEE s'ha d'interpretar en el sentit que estan excloses del seu àmbit d'aplicació les disposicions legals i reglamentàries d'un estat membre quan no existeix una clàusula contractual que modifiqui l'abast o l'àmbit d'aplicació d'aquestes disposicions (§ 46).

En el mateix sentit, en les interlocutòries del 5 de juliol de 2016,¹⁴ relativa a l'assumpte C-7/16, i del 7 de desembre de 2017,¹⁵ relativa al cas C-446/17, el TJUE indica que, d'acord amb la jurisprudència reiterada del mateix tribunal, del considerant tretzè de la Directiva 93/13 es desprèn que l'exclusió prevista en l'article 1.2 de la Directiva s'estén a les disposicions del dret nacional que s'apliquin entre les parts contractants, amb independència de la seva elecció, o a les aplicables per defecte, és a dir, quan les parts no arribin a un acord diferent sobre això (§ 21 i 27, respectivament). Això indica també amb posterioritat en la Sentència del 20 de setembre de 2018,¹⁶ relativa al cas C-51/17 (§ 3).

Trobem aquesta mateixa lògica en la Sentència del 7 d'agost de 2018,¹⁷ relativa als assumptes acumulats C-96/16 i C-94/17. Mitjançant la primera qüestió prejudicial el jutjat remitent demana que es dilucidi si la Directiva 93/13 s'oposa a les disposicions nacionals que regulen la transmissió de crèdits i la substitució del cedent pel cessiòari en els procediments en curs, que figuren en l'article 1535 del Codi civil espanyol i en els articles 17 i 540 de la Llei d'enjudiciament civil, pel fet que aquestes disposicions no garanteixen una protecció suficient dels interessos dels consumidors (§26). El TJUE, en aquest sentit, es reafirma en el fet que l'exclusió de l'àmbit d'aplicació d'aquesta directiva prevista en el seu article 1.2 s'estén a les disposicions de dret nacio-

14. Interlocutòria del Tribunal de Justícia del 5 de juliol de 2016, cas Banco Popular Español SA i PL Salvador, SARL contra Maria Rita Giraldez Villar i Modesto Martínez Baz, assumpte C-7/16 (ECLI:EU:C:2016:523).

15. Interlocutòria del Tribunal de Justícia del 7 de desembre de 2017, cas Woonhaven Antwerpen BV CVBA contra Khalid Berkani i Asmae Hajji, assumpte C-446/17 (ECLI:EU:C:2017:954).

16. STJUE del 20 de setembre de 2018, cas OTP Bank Nyrt. i OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt contra Teréz Ilyés i Emil Kiss, assumpte C-51/17 (ECLI:EU:C:2018:750).

17. STJUE del 7 d'agost de 2018, cas Banco Santander SA contra Mahamadou Demba i Mercedes Godoy Bonet, i Rafael Ramón Escobedo Cortés contra Banc de Sabadell SA, assumpte C-96/16 (ECLI:EU:C:2018:643).

nal aplicables a les parts contractants tant si són normes imperatives com si es tracta de dispositives, és a dir, de normes que només s'apliquen si les parts no han disposat res més (§ 43). El mateix fan, posteriorment, les sentències del TJUE del 3 d'abril de 2019,¹⁸ relativa a l'assumpte C-266/18 (§ 33), i del 7 de novembre de 2019,¹⁹ relativa als assumptes acumulats C-349/18 a C-351/18.

Força interessant, a l'efecte del present treball, és la Sentència del 9 de juliol de 2020,²⁰ relativa a l'assumpte C-81/19. En aquest cas, se sol·licita directament si la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que una clàusula contractual que no ha estat objecte de negociació individual però que reflecteix una norma que, d'acord amb el dret nacional, s'aplica entre les parts contractants quan aquestes no hagin pactat res més, està compresa en l'àmbit d'aplicació de la Directiva (§ 21). La clàusula objecte de controvèrsia incorpora l'article 1578 del Codi civil romanès, disposició legislativa de caràcter supletori, és a dir, aplicable als contractes de préstec quan les parts no hagin pactat altra cosa que aquesta clàusula i que reflecteix el principi del nominalisme monetari (§ 30). El TJUE declara en consonància que l'aplicació del règim de la Directiva 93/13 es justifica pel fet que, en principi, és legítim presumir que el legislador nacional ha establert un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes. I, per tant, el fet que el legislador nacional hagi establert un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes no constitueix un requisit per a aplicar l'exclusió prevista en l'article 1.2 de la Directiva 93/13, sinó la justificació de tal exclusió. Per tant, l'article 1.2 de la Directiva s'ha d'interpretar en el sentit que una clàusula contractual que no ha estat objecte de negociació individual però que reflecteix una norma que, d'acord amb el dret nacional, s'aplica entre les parts contractants quan aquestes no hagin pactat una altra cosa, no està compresa en l'àmbit d'aplicació d'aquesta directiva (§ 39).

Aquest plantejament se segueix en la Sentència del 21 de desembre de 2021,²¹ relativa a l'assumpte C-243/20, en la qual el TJUE indica que cal entendre per *clàusula imperativa*, tenint en compte el que diu la Directiva, que inclou no només les disposicions de dret nacional que s'apliquen entre les parts contractants independentment de la seva elecció, sinó també les que són de caràcter supletori, és a dir, les que s'apliquen per defecte quan les parts no hagin pactat res més (§ 39). Aquesta definició ja s'havia

18 STJUE del 3 d'abril de 2019, cas Aqua Med sp. z o.o. contra Irena Skóra, assumpte C-266/18 (ECLI:EU:C:2019:282).

19 STJUE del 7 de novembre de 2019, cas Profi Credit Polska SA contra Bogumiła Włostowska i altres, i Profi Credit Polska SA contra O. H., assumpte C-419/18 (ECLI:EU:C:2019:930).

20 STJUE del 9 de juliol de 2020, cas N. G. i O. H. contra SC Banca Transilvania SA, assumpte C-81/19 (ECLI:EU:C:2020:532).

21. STJUE del 21 de desembre de 2021, cas D. P. i S. G. contra Trapeza Peiraios AE, assumpte C-243/20 (ECLI:EU:C:2021:1045).

fet servir en la Sentència del 2 de setembre de 2021,²² relativa a l'assumpte C-932/19, i la Interlocutòria del 14 d'abril de 2021,²³ relativa a l'assumpte C-364/19, i posteriorment en la Sentència del 5 de maig de 2022,²⁴ relativa a l'assumpte C-567/20.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA (SALA QUARTA) DE 9 DE NOVEMBRE DE 2023

Tal com hem comentat, la sentència que portem avui a col·lació és la relativa a l'assumpte C-598/21. Ens interessa especialment perquè el Tribunal considera que una clàusula de venciment anticipat que permet al creditor reclamar el reemborsament per avançat de la totalitat del saldo pendent en cas d'incompliment per part del deutor de les seves obligacions contractuals, entra dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13 tot i ser la reproducció d'una norma de dret dispositiu.

Així doncs, assenyalava que aquesta clàusula no s'ha de qualificar de «[terme] que reflecteix disposicions legals o reglamentàries obligatòries» en el sentit de l'article 1.2 de la Directiva 93/13. Tot i que aquesta clàusula reproduceix determinades disposicions del dret nacional, aquestes no són obligatòries i no compleixen la segona condició que estableix l'article 1.2 de la Directiva per a l'aplicació de l'exclusió que s'hi preveu.

En primer lloc, exposarem de manera esquemàtica els fets que motiven el cas. El 9 de febrer de 2012 Všeobecná Úvěrová Banka a.s. (VÚB) va concedir als demandants en el litigi principal, S. P. i C. I., un crèdit al consum reemborsable en un període de vint anys, assegurat amb una garantia real sobre un bé immoble, concretament la llar familiar on residien els demandants en el litigi principal i altres persones (d'ara endavant, contracte de crèdit).

El gener del 2013, abans que hagués transcorregut un any des de la celebració del contracte de crèdit, com que els demandants en el litigi principal havien incorregut en morositat, VÚB va reclamar la devolució de la totalitat de les quantitats sobre la base d'una clàusula de venciment anticipat inclosa en el contracte (d'ara endavant, clàusula de venciment anticipat). El mes d'abril del 2013 VÚB va notificar a S. P. i a C. I. la seva decisió d'executar la seva garantia mitjançant la venda en una subhasta «voluntària» de l'immoble sobre el qual aquella s'havia constituït, és a dir, mitjançant la venda en una subhasta extrajudicial.

22. STJUE del 2 de setembre de 2021, cas J. Z. contra OTP Jelzálogbank Zrt. i altres, assumpte C-932/19 (ECLI:EU:C:2021:673).

23. Interlocutòria del Tribunal de Justícia del 14 d'abril de 2021, cas X. U. i altres contra SC Credit Europe Ipoteclar IFN SA i Credit Europe Bank NV, assumpte C-364/19 (ECLI:EU:C:2021:306).

24. STJUE del 5 de maig de 2022, cas A. H. contra Zagrebačka Banka d.d., assumpte C-567/20 (ECLI:EU:C:2022:352).

Com es desprèn de la sol·licitud de decisió prejudicial, aquest tipus de venda en subhasta extrajudicial la fan particulars. Un cop s'ha fixat l'import del crèdit, un adjudicador ven el bé immoble de què es tracti al marge de qualsevol procés judicial i sense que un jutge hagi examinat prèviament la fonamentació de l'import del crèdit o la proporció de la venda en relació amb l'import del crèdit.

Els demandants en el litigi principal van interposar davant de l'Okresný súd v Prešov (Tribunal Comarcal de Prešov, Eslovàquia) una demanda de suspensió de la venda de la llar familiar en subhasta pública. L'òrgan jurisdiccional de primera instància va desestimar la demanda. Com a conseqüència, van interposar un recurs d'apel·lació davant del Krajský súd v Prešove (Tribunal Regional de Prešov). En aquest recurs van reiterar la pretensió de suspensió de la venda extrajudicial de la seva llar i van invocar, en particular, la vulneració dels seus drets com a consumidors.

Tal com assenyala el tribunal que remet la causa, el dret substantiu eslovac no considera cap altra mesura de protecció *ex ante*, de manera que, en cas de venda de la llar en una subhasta voluntària, els consumidors no tenen altra possibilitat que exercir una acció de suspensió de la subhasta, i l'aplicació d'una clàusula de venciment anticipat com la que és objecte del litigi principal està subjecta a un únic requisit, a saber, un retard en el pagament de tres mesos, sempre que l'acreditat ho notifiqui al consumidor amb almenys quinze dies d'antelació.

Així doncs, sense entrar a valorar la resta de qüestions prejudicials, ens interessa precisament la consideració d'aquesta clàusula de venciment anticipat tenint en compte la línia jurisprudencial marcada pel TJUE.

En essència, la primera qüestió prejudicial planteja la rellevància de la clàusula de venciment anticipat dins del marc de la Directiva 93/13. En aquest sentit, el TJUE comença indicant que, d'acord amb la seva jurisprudència, les clàusules contractuals que reflecteixen disposicions legals o reglamentàries imperatives es troben excloses de l'àmbit d'aplicació de la Directiva. No obstant això, aquesta exclusió està subjecta a dos requisits (§ 62): en primer lloc, que la clàusula contractual reflecteixi de manera fidedigna una disposició legal o reglamentària; en segon lloc, que aquesta disposició sigui imperativa, és a dir, que no pot ser modificada mitjançant un acord de les parts contractants. Així, la clàusula només queda exempta del control de la Directiva si compleix aquests criteris. Fins aquí, el TJUE únicament recupera en aquest sentit els requisits delimitats en la ja esmentada Sentència del 10 de setembre de 2014.

La novetat ve donada pel paràgraf 70 de la Sentència, on el TJUE indica que, tot i que la clàusula de venciment anticipat sembla reflectir les disposicions del dret nacional, aquestes no són estrictament imperatives, ja que poden ser modificades mitjançant un acord de les parts. I, per tant, en aquesta situació la clàusula no està exempta de la protecció prevista per la Directiva 93/13 i s'ha de sotmetre al control de la jurisprudència del TJUE en matèria de protecció dels consumidors.

Trenca en certa manera, doncs, amb la particular definició de *norma de caràcter imperatiu* que havia consolidat i d'acord amb la qual també ho són necessàriament

les normes que, d'acord amb el dret, s'apliquen entre les parts contractants quan no existeixi cap altre acord. Per tant, en aquest supòsit la clàusula esmentada està subjecta a les disposicions de la Directiva 93/13 (§ 71) i els tribunals poden entrar a valorar-ne l'abusivitat (§ 72).

En conclusió, tenint en compte la sentència analitzada, apareixen certs dubtes respecte a la validesa del control de contingut de les clàusules que incorporen dret dispositiu. La jurisprudència del TJUE, exposada en aquest article, ha contribuït a aclarir els límits del control d'abusivitat en aquest sentit. Tanmateix, malgrat la seva evolució lineal, encara persisteixen dubtes sobre la inclusió de normes de caràcter dispositiu en l'àmbit d'aplicació de la Directiva, per la qual cosa cal fer una anàlisi detallada cas per cas.

CRÒNIQUES

JORNADA «COOPERATIVES, CRÈDIT I PRESTADORS VULNERABLES A LA DIRECTIVA DE CRÈDITS IMMOBILIARIS», COORDINADA PER MIRIAM ANDERSON I ESTHER ARROYO (UNIVERSITAT DE BARCELONA)

A l'hora de desenvolupar els seus projectes vitals i professionals, la majoria dels ciutadans i empreses necessiten un finançament extern. En l'ideari col·lectiu, les necessitats de finançament estan inevitablement lligades a la banca tradicional, ja sigui en el seu perfil *retail*, ja sigui en el majorista. A Espanya, el panorama del sector ha estat dominat tradicionalment pels bancs i les caixes d'estalvis. No obstant això, les modificacions legislatives posteriors a la crisi econòmica de l'any 2008 han derivat en la pràctica extinció de les caixes d'estalvi i en l'acumulació de la immensa majoria de la quota de mercat en mans d'un reduïdíssim nombre de grans bancs. Més recentment, l'expansió de la banca en línia ha propiciat l'aparició de nous actors, com ara les tecnologies financeres (*fintech*), que aspiren a tenir un impacte disruptiu en el sector financer.

Ara bé, també existeixen altres tipologies d'actors financers que, encara que generalment són desconegudes pel gran públic, contribueixen al manteniment i l'evolució del teixit productiu i social des d'una aproximació menys ortodoxa, però també més humana: les cooperatives de crèdit i de serveis financers. Precisament, la finalitat de la Jornada «Cooperatives, crèdit i prestadors vulnerables en la Directiva de crèdits immobiliaris», celebrada el passat 8 de maig de 2024 i organitzada en el marc del projecte «La reforma del crèdit immobiliari: cap a un mercat europeu sostenible, incliusiu i digital» (PID2021-127197NB-I00) (investigadores principals: Miriam Anderson i Esther Arroyo), era contribuir a la difusió del coneixement sobre aquests altres actors financers, analitzar el seu encaix normatiu i suscitar el debat sobre determinats aspectes jurídics i funcionals.

La primera ponent va ser la registradora María Tenza Llorente, que va abordar la qüestió des d'un prisma netament tecnicojurídic. La seva intervenció es va iniciar amb una reprovarció al legislador nacional pel que fa a la normativa creditícia: va criticar que només adopti una actitud proactiva davant situacions crítiques o d'emergència social i va indicar que la seva tècnica de transposició de les directives europees és, en moltes ocasions, deficient i imprecisa. Tenza va destacar que la conducta del legislador espanyol resulta particularment negligent si es té en compte que l'escenari actual d'increment dels tipus d'interès constreny encara més l'accés al crèdit, la qual cosa afecta especialment les persones en situació de vulnerabilitat econòmica i social.

En aquest sentit, la ponent va sostenir que les cooperatives de crèdit i de serveis financers podrien constituir un instrument útil per a pal·liar aquesta situació i facilitar l'accés al crèdit a tipus d'interès més baixos que els que ofereix la banca tradicional. Però un dels factors que ho impedeix és la tendència del legislador espanyol a obviar-les a l'hora de definir la normativa sectorial, tal com ocorre en el marc de la Llei 5/2019, del 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari (LCCI). Això genera uns certs dubtes sobre si les exigències formals tuitives imposades per la LCCI (el deure d'informació precontractual, l'examen previ de solvència, l'obligació d'atorgar l'acta de transparència material davant de notari...) resulten d'aplicació, també, en els crèdits per a l'adquisició d'immobles que són concedits per cooperatives. Ara per ara, sembla que la doctrina científica, la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGJSFP) i la jurisprudència dels tribunals s'inclinen per una resposta afirmativa, sempre que el prestatari sigui un consumidor. No obstant això, la ponent considera necessari que el legislador intervingui per a aclarir la situació i potenciar el paper de les cooperatives com a autèntics vectors de finançament del teixit econòmic. La reforma hauria de prestar una atenció especial a la utilitat latent de les cooperatives com a mecanismes de finançament de l'activitat d'autònoms i pimes. Ulteriorment, Tenza va assenyalar que caldria modificar la LCCI per tal d'ampliar-ne l'àmbit d'aplicació, també, als préstecs concedits per a l'adquisició de béns immobles que siguin necessaris per a l'exercici d'una activitat econòmica o professional.

Posteriorment va intervenir Raimon Gassiot, responsable de l'àrea política de Coop57, una cooperativa dedicada al finançament ètic i que presta serveis a fundacions, associacions, empreses d'inserció social i, en general, totes les entitats de l'economia social i solidària. En particular, va ressenyar les diferències entre la manera d'operar de Coop57 i la lògica de la banca tradicional. Gassiot va precisar que ells no conceben el crèdit com una eina per a aconseguir un lucre econòmic, sinó com un pilar de la transformació social. La cooperativa únicament proporciona finançament a les entitats que siguin, alhora, titulars d'una part del capital social de Coop57. Com que no estan subjectes a les restriccions reguladores del Banc d'Espanya, poden mantenir una filosofia alternativa: ofereixen tipus d'interès per sota del de mercat, accepten garanties atípiques (com les fiances mancomunades) i, davant situacions d'impagament, sempre prioritzen les solucions que facilitin la continuïtat del projecte finançat. Tot això els permet fer gala d'una taxa de morositat molt baixa, la qual cosa els ha donat el suport del Banc Europeu d'Inversions. L'èxit de la fórmula és palès: actualment gestionen una cartera de seixanta milions d'euros aportats pels més de sis mil set-cents socis de la cooperativa.

Un d'aquests socis és, precisament, la Fundació Arrels, representada en aquesta jornada per Guillem Fernández, economista i doctor en Polítiques Públiques. La Fundació Arrels està dedicada a combatre el sensellarisme, especialment a la ciutat de Barcelona. El ponent va explicar que Arrels cerca abordar el problema des de tots els seus vessants, ja que la seva activitat abraça l'ajuda directa a les persones sense llar,

l'assessorament jurídic, la realització de campanyes de sensibilització i la denúncia de les precarietats patides per les persones afectades. Una de les principals línies d'activitat de la Fundació és l'adquisició, renovació i manteniment d'immobles residencials en els quals resguarden persones sense sostre. Per a això necessiten finançament extern, ja que moltes vegades els fons propis de la Fundació no són suficients i es generen tensions de tresoreria. En aquestes ocasions, Arrels busca el suport d'entitats públiques com l'Institut Català de Finances, però també s'acull a les possibilitats de finançament ofertes per Coop57, que li concedeix pòlisses de tresoreria en condicions més favorables que les que s'ofereixen en el mercat financer estàndard.

És innegable, doncs, que el model de les cooperatives financeres funciona a ple rendiment en el marc associatiu i de l'economia social, col·laborativa i sostenible, i genera un impacte notablement positiu en la nostra societat. Queda per veure si aquest mateix model pot ser replicat i estès als sectors econòmics i productius convencionals. Per a això no sols caldrà adequar múltiples instruments de dret privat i dret públic, sinó també una bona dosi de conscienciació ciutadana.

Enrique Peruga Pérez
Investigador predoctoral en dret civil (AGAUR FI)
Universitat de Barcelona

RESSENYES

A. FONT I SEGURA, J. J. FONTANELLAS MORELL, M. GARDEÑES
SANTIAGO I G. GARRIGA SUAÚ (COORD.), *LLIÇONS DE DRET
INTERNACIONAL PRIVAT*, AMB PRÒLEG DE J. J. FORNER
DELAYGA, BARCELONA, ATELIER LLIBRES JURÍDICS, 2023

Fins a la publicació de l'obra que tinc el goig de recensionar, l'assignatura Dret Internacional Privat del grau en Dret no disposava de cap manual en català que pogués ajudar les universitats catalanes en la tasca docent. L'obra *Lliçons de dret internacional privat*, concebuda i escrita per professors que desenvolupen o han desenvolupat la seva tasca docent en universitats catalanes (en concret, a les universitats de Barcelona, Autònoma de Barcelona, Pompeu Fabra, de Lleida, de Girona, Rovira i Virgili i Abat Oliba-CEU), omple aquest buit i ho fa a un nivell molt alt. Per aquest motiu, no resulta agosarat vaticinar que no només constituirà, sens dubte, una eina útil per als estudiants del grau en Dret —als quals apropiarà una disciplina extensa i complexa, força comprimida en els plans d'estudis de les nostres facultats—, sinó que també s'erigirà en una obra de consulta per als professionals del dret i els operadors jurídics en general.

Quant als continguts, l'obra pretén ser un manual general de dret internacional privat (en endavant, DIPr), *ajustat* als cursos d'aquesta assignatura que s'imparteixen a les facultats. D'acord amb això, no inclou aspectes més propis del dret mercantil internacional, com ara l'arbitratge internacional o l'anàlisi d'algunes modalitats contractuals habituals en el comerç internacional, que solen desenvolupar-se en el context d'assignatures específiques sobre dret del comerç internacional.

L'obra segueix una estructura clàssica i inclou tant la part general com la part especial de la disciplina. S'estructura en cinc parts, que agrupen un total de vint lliçons: introducció (lliçons 1 i 2), dret processal civil internacional (lliçons 3-6), llei aplicable (lliçons 7-10), persona, família i successions per causa de mort (lliçons 11-17) i dret d'obligacions i contractes i drets reals (lliçons 18-20). Cadascuna de les lliçons està signada per un autor diferent. Això i el propi títol de l'obra (*Lliçons...*) no és obstacle per a considerar-la una obra autènticament conjunta i col·lectiva, i no una mera acumulació de lliçons d'autoria diversa i de desenvolupament desigual. Tal com destaquen els coordinadors de l'obra en la presentació, el compromís dels autors els ha portat a sotmetre les lliçons de cadascun al criteri dels altres, en revisions del text successives. Això, que de ben segur els estudiants agrairan, es reflecteix en el rigor i la coherència de l'obra, en l'ús d'una terminologia homogènia i en les constants remissions internes que conté. A més, els autors recorren constantment als casos o als exemples per a fer més entenedora l'explicació teòrica, fet que manifesta el seu compromís do-

cent i la seva preocupació per apropar la disciplina a l'alumnat. El desenvolupament de les lliçons es complementa també amb abundants referències a la jurisprudència, actualitzada al juliol del 2023.

Pel que fa al contingut de l'obra, la *primera part* aglutina dues lliçons de caire introductori: la primera, que situa el DIPr com a branca de l'ordenament jurídic, la signa Miquel Gardeñes Santiago; la segona, sobre els sectors del DIPr i les seves fonts, Rafael Arenas García.

En la primera lliçó es posa de manifest la *relativitat* del DIPr i se circumscriu l'objecte de l'obra al sistema *espanyol* de DIPr —en el qual s'integren, lògicament, a banda del DIPr autònom, les normes de DIPr de la Unió Europea (en endavant, UE) i els convenis internacionals vigents a Espanya—. S'acoten, també, com a objecte del DIPr, les situacions o relacions *privades heterogènies* —amb elements rellevants vinculats amb diversos drets— enfront dels supòsits «purament interns» o homogenis. D'acord amb això, s'anuncia que l'objecte de l'obra s'estén també a l'anomenat comunament *dret interregional* —o, també, *dret interterritorial*, en una terminologia que evoca la vigència/eficàcia territorial dels diversos drets civils espanyols—. Precisament, diria que l'aproximació que fa a aquesta matèria —a la qual dedica una lliçó específica i actualitzada (la 10, a càrrec d'Albert Font i Segura), però que té present també en el desenvolupament d'algunes altres— és un dels valors que aporta l'obra enfront d'altres manuals de DIPr que hi ha al mercat.

La segona lliçó presenta els quatre grans sectors del DIPr (la competència judicial internacional, el dret aplicable, el reconeixement i l'execució de decisions i la cooperació jurídica internacional) i el sistema de fonts que els regula, que inclou: normes de DIPr autònom, normes de DIPr institucional (dret originari i dret derivat de la UE), normes de DIPr d'origen internacional (convenis multilaterals —elaborats en el marc d'institucions com, per exemple, la Conferència de La Haia de DIPr, o de conferències específiques— i bilaterals, i dret consuetudinari) i normes de DIPr transnacional (sorgit en l'àmbit d'actuació dels particulars, com ara els incoterms, de la Cambra de Comerç Internacional).

La *segona part* de l'obra, sobre dret processal civil internacional, unifica quatre lliçons (de la 3 a la 6): «La competència judicial internacional», elaborada per Mònica Vinaixa Miquel; «Reconeixement i execució de sentències i altres resolucions estrangeres», de Miquel Gardeñes Santiago; «Llei aplicable al procés civil internacional i cooperació internacional. Notificació i prova», de Luis Francisco Carrillo Pozo, i «Documents públics estrangers», de Maria Font i Mas.

Dintre de l'anomenat *conflicte d'autoritats*, la tercera lliçó se circumscriu a la competència judicial internacional en el marc de litigis derivats de relacions privades heterogènies en matèria de dret patrimonial en sentit estricte (excloent-ne, per tant, les qüestions de naturalesa patrimonial derivades del dret de família o de successions). En general, determinar la competència judicial internacional implica identificar el sistema de referència. Una vegada acotat el concepte de *competència judicial internacio-*

nal, la lliçó se centra en el sistema espanyol, les seves fonts, els criteris de competència i els principis informadors de la majoria d'instruments que regulen aquest sector del DIPr, i acaba desgranant la qüestió de la competència judicial en l'àmbit patrimonial a partir del Reglament (UE) 1215/2012 (Brussel·les I bis) i del Conveni de Lugano del 2007 (Conveni de Lugano II), relatius a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, i de les normes que conté sobre això la Llei orgànica del poder judicial (en endavant, LOPJ).

La quarta lliçó presenta de manera introductòria la qüestió del reconeixement i l'execució de resolucions estrangeres i, després d'exposar de manera evolutiva els diferents sistemes pel que fa a la regulació del reconeixement, se centra bàsicament en el règim general contingut en la Llei 29/2015, de cooperació jurídica internacional en matèria civil (en endavant, LCJI), i en el Reglament (UE) 1215/2012 (Brussel·les I bis).

La cinquena lliçó tracta les qüestions referents a la llei que regeix el procés civil internacional i a la cooperació internacional, la notificació de documents judicials i extrajudicials i la prova dels fets. La regla general és que les actuacions processals se sotmeten a la *lex fori* (*lex fori regit processum*), de manera que les regles dictades en atenció a l'ordenació del procés i les modalitats d'actuació davant els tribunals es regeixen per la *lex fori*. Ara bé, en el cas de notificacions que s'hagin de fer o proves que s'hagin de practicar fora del territori estatal, caldrà recórrer a procediments de cooperació internacional. Quant a la notificació i el trasllat de documents, el manual es fixa essencialment en el que preveuen el Reglament (UE) 2020/1784 i el Conveni de La Haia del 15 de novembre de 1965; i, quant a la cooperació en matèria de prova, analitza principalment el Reglament (UE) 2020/1783 i el Conveni de La Haia del 18 de març de 1970. En qualsevol cas, tant en matèria de notificació com de prova, davant la diversitat normativa existent el criteri fonamental per a seleccionar la norma aplicable és el principi de màxima eficàcia, que implica donar prioritat a la norma que permeti una cooperació més eficaç.

La sisena lliçó se centra en els documents públics estrangers (formalitzzats per una autoritat estrangera). En concret, estudia l'eficàcia probatòria d'aquests documents quan s'aporten davant d'una autoritat judicial espanyola, la seva eficàcia en registres espanyols i la seva autenticitat formal o extrínseca. Malgrat el títol de la lliçó, al·ludeix també als requisits que han de complir, per tal que siguin prova, els documents privats amb un element estranger que es presenten davant d'una autoritat judicial espanyola.

La tercera part de l'obra tracta de la llei aplicable i comprèn quatre lliçons (de la 7 a la 10): «Les tècniques de reglamentació», l'autor de la qual és Josep Maria de Dios Marcer; «Tractament de la llei estrangera», de Luis Francisco Carrillo Pozo; «Problemes d'aplicació», de Rafael Arenas García, i «Conflictes interns de lleis», d'Albert Font i Segura.

Una vegada determinada l'autoritat competent, per a concretar la o les lleis aplicables al cas, aquesta acudirà a les normes que continguin el seu propi ordenament ju-

rídic. La lliçó setena estudia les normes que determinen la llei aplicable i les diferents tècniques de reglamentació, directa o indirecta, que existeixen. Entre les del primer tipus (reglamentació directa) trobem les normes materials especials i les normes materials imperatives de l'ordenament jurídic de l'autoritat competent, que donen resposta material immediata a alguns aspectes de la relació jurídica heterogènia; i entre les del segon tipus (reglamentació indirecta), destacadament i paradigmàtica, les normes de conflicte de l'ordenament jurídic de l'autoritat competent, que determinen quina llei ha de regir la situació o relació jurídicament heterogènia en funció del punt de connexió que utilitzen. D'acord amb l'article 12.6 del Codi civil espanyol (en endavant, CC), els tribunals i les autoritats (espanyoles) aplicaran d'ofici les normes de conflicte vigents a Espanya.

La vuitena lliçó fa un pas més i es dedica a l'aplicació de la llei estrangera, a la qual es pot veure abocada l'autoritat espanyola i que queda fora de l'abast del principi *iura novit curia*. El dret estranger és, doncs, objecte de prova (art. 281 LEC i 33.1 LCJ). En aquesta lliçó s'estudia tota la problemàtica que es genera entorn d'aquesta qüestió: qui té la càrrega de provar el dret estranger, com i en quin moment ho ha de fer, quin és el nivell exigít i què ocorre en cas de manca de prova.

La novena lliçó tracta dels diversos problemes que es poden plantejar a l'hora d'aplicar la norma de conflicte. S'hi estudien: qüestions relacionades amb l'elecció de la norma de conflicte (en concret, la qualificació i la qüestió prèvia); problemes que es plantegen a l'hora de concretar la llei designada per la norma de conflicte, com ara el reenviament o el fet que la llei designada correspongui a un estat plurilegislatiu (remissió a un sistema plurilegislatiu); altres qüestions relacionades amb la concreció de la norma de conflicte, com són el conflicte mòbil, el conflicte internacional transitori i la successió en el temps de normes de conflicte; i, finalment, l'excepció d'ordre públic i el frau a la llei en DIPr.

La desena lliçó estudia els conflictes interns de lleis i les seves particularitats, i se centra, específicament, en els que es plantegen dins de l'Estat espanyol. Respecte a aquesta qüestió, s'analitzen: l'origen i l'abast de la pluralitat legislativa; les singularitats dels conflictes interns respecte dels internacionals, i, finalment, el sistema espanyol de dret interregional i les seves particularitats i mancances actuals, que fan que pugui ser qualificat d'obsolet. No tots els manuals de DIPr que hi ha al mercat poden vantar-se d'incorporar un capítol actualitzat, rigorós i crític sobre aquesta matèria.

La quarta part de l'obra enceta el que tradicionalment s'ha considerat la *part especial* del DIPr i està dedicada a la persona, la família i la successió per causa de mort. Està integrada per set lliçons (de l'11 a la 17): «Persona, capacitat i drets de la personalitat», escrita per Alexia Pato; «Filiació per naturalesa i adopció», l'autora de la qual és Vésela Andreeva Andreeva; «Protecció de menors i adults», de Luis Francisco Carrillo Pozo; «Matrimoni i altres unions de parella: formació i efectes», d'Ana Quiñones Escámez; «Crisis matrimonials», de Diana Marín Casarnau; «Aliments», de Carmen Parra Rodríguez, i «Successions per causa de mort», d'Albert Font i Segura.

L'onzena lliçó se centra especialment en la persona física, però dedica un darrer apartat a la jurídica. Quant a la persona física, l'autora al·ludeix a què considera comprès en l'anomenat «estatut personal» i a la determinació de la llei aplicable *ex* article 9.1 CC, que mena a la llei personal —determinada per la nacionalitat en els conflictes internacionals i pel veïnatge civil en els interregionals—. Estudia, també, la llei aplicable al nom i als cognoms, on fa un esment especial de la jurisprudència europea sobre aquesta matèria.

Quant a la filiació, en la dotzena lliçó s'analitzen les normes autònomes de DIPr que determinen la competència judicial internacional i la llei aplicable en relació amb la filiació per naturalesa i la potestat parental, així com el reconeixement i l'execució de resolucions estrangeres en ambdues matèries. La lliçó es clou amb l'estudi de l'adopció internacional —tant des del punt de vista de la competència judicial com de la llei aplicable— i del reconeixement d'efectes a Espanya de l'adopció constituïda a l'estranger.

La tretzena lliçó està estructurada en tres parts: protecció de menors, cooperació en matèria de sostracció internacional de menors i protecció d'adults. Amb caràcter general, en aquests àmbits les regles de competència i els criteris per a determinar la llei aplicable tenen com a eix vertebrador la persona necessitada de protecció i l'entorn on viu, la qual cosa es tradueix en la prevalença de la seva residència habitual. Quant a la protecció de menors, després d'una breu digressió sobre els menors estrangers no acompanyats la lliçó es deté en les diverses normes que regulen la competència judicial internacional, les regles de determinació de la llei aplicable del Conveni de La Haia del 1996 —al qual remet, a més, l'art. 9.6 CC— i, en matèria d'eficàcia a Espanya de decisions estrangeres, se centra en el Conveni de La Haia del 1996 i el Reglament (UE) 2019/1111, sobre competència, reconeixement i execució de resolucions en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, i sobre la sostracció internacional de menors. Pel que fa a la cooperació en matèria de sostracció internacional de menors, analitza les regles del Conveni de La Haia del 25 d'octubre de 1980 i de l'esmentat Reglament (UE) 2019/1111. Finalment, quant a la protecció d'adults, a l'espera de conèixer el desenllaç que tindrà la proposta de reglament en matèria de protecció d'adults del 2023, el manual es fa ressò de les repercussions que ha tingut en l'àmbit del DIPr la reforma operada per la Llei estatal 8/2021, de reforma de la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica.

La catorzena lliçó comença amb una visió evolutiva del reconeixement progressiu de nous models familiars, a continuació es deté en la formació i les condicions de validesa del matrimoni —«requisits» de fons (capacitat nupcial i consentiment) i de forma— i, finalment, desenvolupa les qüestions relatives als efectes personals i patrimonials de les parelles; per fer-ho, se centra especialment en el règim que instauren els reglaments (UE) de cooperació reforçada 2016/1103, en matèria de règims econòmics matrimonials, i 2016/1104, sobre els efectes patrimonials de les unions registrades, però també incideix en com queda la qüestió de la determinació de la llei aplicable en els conflictes interns o interregionals.

Quant a les crisis matrimonials, la quinzena lliçó comença posant en relleu el mosaic de normes de DIPr que regulen aquesta matèria i destaca la rellevància del dret de la UE en aquest àmbit. Seguidament, aborda la qüestió de la competència judicial i la llei aplicable al divorci, la separació legal i la nul·litat del matrimoni tenint en compte els reglaments (UE) 2019/1111 i 1259/2010, amb el benentès que aquest darrer només cobreix la qüestió de la llei aplicable al divorci i la separació legal, i no pas, per tant, la nul·litat del matrimoni, que cal subsumir en el que disposa l'article 107 CC. La lliçó es clou amb un epígraf dedicat a l'eficàcia extraterritorial de resolucions.

La setzena lliçó està dedicada als aliments, matèria sotmesa a una nombrosa regulació convencional a la qual cal afegir la que prové de la UE, que té preferència en els estats membres. La lliçó se centra en les relacions entre el Conveni d'Aliments del 2007 i el Protocol d'Aliments del mateix any amb el Reglament (UE) 4/2009 i les normes de DIPr autònom espanyol. Partint d'això, analitza les qüestions de la competència judicial i de la llei aplicable, així com la cooperació administrativa d'autoritats i el reconeixement i l'execució de decisions.

La darrera lliçó de la quarta part del manual està dedicada a les successions per causa de mort. S'hi analitza el Reglament (UE) 650/2012, se'n presenten els eixos principals i s'estudia la regulació que estableix en matèria de competència internacional d'autoritats, determinació de la llei aplicable, reconeixement i execució de resolucions, acceptació de documents públics i transaccions judicials, i certificat successori europeu.

La *cinquena* i última part de l'obra està dedicada al dret d'obligacions i contractes i als drets reals i consta de tres lliçons (de la 18 a la 20): «Obligacions contractuals», escrita per Josep Suquet Capdevila; «Obligacions extracontractuals», de Georgina Garriga Suau, i, finalment, «Drets reals», de Josep Maria Fontanellas Morell.

En la divuitena lliçó s'analitzen la determinació de la competència judicial internacional i la llei aplicable en supòsits d'obligacions contractuals amb elements d'estrangeria. Quant a la competència i els diferents instruments que la regulen, la lliçó se centra especialment en el Reglament (UE) 1215/2012 (Brussel·les I bis), les solucions del qual tenen cert paral·lelisme amb les del Conveni de Lugano del 2007 (Conveni de Lugano II) i de la LOPJ, a les quals també s'al·ludeix. En matèria de dret aplicable s'esmenten normes de dret material uniforme (com ara el Conveni de Viena del 1980) i la importància del *soft law* en l'àmbit contractual (en particular, per exemple, els principis de l'Institut Internacional per a la Unificació del Dret Privat [UNIDROIT] o els incoterms de la Cambra de Comerç Internacional), però es posa una atenció especial en les regles sobre la llei aplicable del Reglament (CE) 593/2008 (Reglament Roma I).

Quant a les obligacions extracontractuals, en la dinovena lliçó s'estudia, primer, la qüestió de la competència judicial internacional i, després, la de la determinació de la llei aplicable. En matèria de competència judicial, després de posar en relleu la diversitat d'instruments normatius que la regulen, s'estudien els bàsics: el Regla-

ment (UE) 1215/2012 (Brussel·les I bis) i la LOPJ —les regles de la qual resultaran aplicables subsidiàriament, quan no resultin aplicables el Reglament Brussel·les I bis, el Conveni de Lugano II o altres convenis internacionals—. Pel que fa a la llei aplicable, després d'indicar la diversitat d'instruments normatius que hi ha en l'àmbit de les obligacions extracontractuals, la lliçó se centra en el Reglament (CE) 864/2007 (Reglament Roma II), en els convenis de La Haia de DIPr sobre la llei aplicable als accidents de circulació per carretera (del 1971) i la llei aplicable a la responsabilitat per productes (del 1973), i, finalment, en la regla de DIPr autònom continguda en l'article 10.9 CC.

La darrera lliçó del manual (la vintena) analitza la competència judicial internacional, la llei aplicable i el reconeixement de decisions i actes en matèria de drets reals. Quant a la competència judicial, estudia el Reglament (UE) 1215/2012 (Brussel·les I bis) i, per als casos en què no sigui aplicable, el DIPr convencional (en el qual destaca el Conveni de Lugano II) i les normes de DIPr autònom (contingudes en la LOPJ). Pel que fa a la llei aplicable als drets reals —qüestió encara no unificada en l'àmbit de la UE—, analitza la regla general dels dos primers paràgrafs de l'article 10.1 CC i les especials del tercer paràgraf del mateix apartat i dels apartats 2, 3 i 4 de l'article 10 CC, al·ludeix a la regulació d'origen institucional o convencional que té incidència en algunes matèries concretes i es deté en l'àmbit d'aplicació de l'anomenat *estatut real*. La part final de la lliçó està dedicada al reconeixement de decisions i d'actes.

En fi, es tracta d'un manual complet —des de la perspectiva de les matèries que es poden arribar a tractar en l'assignatura de Dret Internacional Privat del grau en Dret—, valuós i actualitzat que de ben segur resultarà útil als estudiants, però també als professionals i operadors jurídics en general.

M. Esperança Ginebra Molins
Professora titular de dret civil
Facultat de Dret
Universitat de Barcelona

BARTOLOMÉ BIBILONI GUASP, *MANUAL CIVIL Y FISCAL DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL DERECHO CIVIL DE LAS ILLES BALEARS*. VALÈNCIA, TIRANT LO BLANCH, 2023, 871 PÀGINES

1. El motiu d'aquest llibre és la promulgació de la Llei 8/2022, de l'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears. Aquesta norma és la primera llei balear extracompilada, en sentit estricte, perquè deroga preceptes de la Compilació balear (Decret legislatiu 79/1990, del 6 de setembre) per tal de desenvolupar-los fins a aconseguir legislar harmoniosament una institució fora de la Compilació.

La Llei 8/2022 no va acompanyada d'una política legislativa relativa al dret civil balear (magistralment, com calia esperar, ho manifestava el Dr. Miquel Coca a «Cuarenta años sin afianzar un modelo de política legislativa sobre el derecho civil de las Illes Balears», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 23 [2022]), per la qual cosa no podem dir que sigui la primera de moltes altres lleis descompiladores, sinó, simplement, que és la primera i l'única, ja que és exemple d'una cosa que no s'havia aconseguit mai abans: elaborar una llei sobre algun nucli dur del denominat «dret civil especial o foral» (art. 149.1.8 CE) i fer-ho extramurs de la Compilació.

La finalitat del llibre és, però, oferir al món jurídic interessat una defensa del perquè d'aquesta llei, ja que el llibre dona testimoni de tot el que una llei no conta a l'interpret. Així, la necessitat de defensar la llei, en aquest llibre, no ve donada perquè es tracti d'una regulació imprevista, inesperada o agosarada; no, la finalitat és d'aquarterar bé la feina feta en la Llei 8/2022, la feina de desamortitzar el «dret foral» alliberant-lo de les vinculacions perpètuas al pensament dels qui el sistematitzaren, a partir dels anys seixanta del segle passat, i posar-lo en lliure circulació en mans d'una societat que no el sent com una relíquia que cal admirar, sinó com una eina al servei de les seves necessitats.

2. El llibre es denomina *manual*, però el lector no se'n farà una idea correcta, amb aquest títol, perquè no és una obra didàctica tal com s'entén en l'àmbit docent. És didàctica si prèviament se'ns avisa que és un manual per a operadors de la pràctica jurídica, ja que la finalitat del llibre és, a part de desenvolupar la Llei 8/2022, posar a l'abast del lector tota la informació prèvia que acompanya qualsevol política legislativa.

Per això, l'obra fa referència a les opinions *de lege ferenda* relacionades amb la conveniència de reformar la successió contractual regulada en la Compilació i aporta les sensacions amb les quals es va quedar l'autor, qui fou (fins al 2023) president del

Consell Assessor de Dret Civil Balear que redactà aquesta norma, sobre els debats, les modificacions, les renunciïes i els afegits de darrera hora a la norma, durant els anys de sessions dedicades a aquesta. També ofereix una recollida de doctrina local (és a dir, opinions d'operadors jurídics de diferents àmbits sobre qüestions diverses de la successió contractual), tant a mode de bibliografia com de citació. I, a més, aporta un recull de resolucions d'òrgans judicials i administratius, de distint tipus, que han tractat les qüestions més conflictives plantejades a la pràctica.

Finalment, també pot ser un llibre pedagògic pel fet que les opinions sobre el tema venen donades per un notari, professió de l'autor. Així, és aclaridora i orientadora, per als operadors jurídics que assessoren i litiguen, l'opinió de la pràctica notarial en relació amb l'organització formal i l'*iter* (des de la formalització a l'esgotament de les darreres conseqüències, sigui quina sigui la casuística) d'aquest negoci successori.

Per tant, aquest llibre és més que un manual: és un desenvolupament d'aspectes, sobretot civils, però també, i gens menyspreables, de gestió tributària, que conflueixen en la Llei 8/2022, o bé perquè els resol, o bé perquè els recull, o bé perquè es poden generar a partir d'aquesta.

3. El manual està dividit en quatre grans llibres. El llibre I («Los pactos sucesorios en general») intenta fer una exposició de qüestions generals sobre la figura, plantejada idealment. El llibre II exposa la regulació que fa la Llei 8/2022 per a Mallorca i Menorca, i el III, la que fa per a Eivissa i Formentera.

Amb aquesta estructura, l'autor desenvolupa la Llei 8/2022 des del punt de vista del que un operador pràctic podria plantejar-se, tant abans de la Llei —per tant, a partir de les qüestions que s'acostumaven a plantejar i solucionar amb les regles de la Compilació— com després d'aquesta. D'aquí que el lector trobi justificades les raons del legislador per a adoptar una solució i també trobi explicades altres possibles solucions, a partir de diferents punts de fuga, que no estaven a l'abast del legislador civil.

L'obra es tanca amb el llibre IV, sobre les repercussions tributàries de la figura de la successió contractual.

4. En la primera part (llibre I) s'exposa de manera destacada l'estructura general de la Llei 8/2022, tant descriptivament (àmbit d'aplicació, regles interpretatives i d'integració, concepte i classes) com, amb més detalls, alguna qüestió prèvia que, malauradament, no està a l'abast de la legislació balear solucionar, com ara la possibilitat que la Llei de pactes successoris s'apliqui, per residència, a estrangers i la problemàtica d'aquesta aplicació en relació amb el Reglament europeu de successions (núm. 650/2012).

Podríem dir, per tant, que en aquesta primera part, més que no pas de pactes successoris en general, amb l'evolució històrica o l'estudi comparat, l'autor tracta un gruix significatiu de qüestions sobre la llei aplicable. En certa manera són temes generals, com a condició prèvia *sine qua non* perquè l'operador jurídic sàpiga si pot

aplicar o no la Llei 8/2022. Així, en aquest punt trobem un relat sobre la conflictivitat que les normes de dret internacional privat del Codi civil espanyol, per la seva falta d'adequació als reglaments europeus sobre la llei aplicable (en general), provoquen, especialment, en la jurisprudència. Per a tractar-ho, l'autor fa una important reproducció i anàlisi personal (en el capítol darrer d'aquesta primera part de l'obra) de les resolucions de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública del 24 de maig de 2019, del 10 d'agost de 2020 i del 20 de gener de 2022, i de les sentències dels distints òrgans relacionades amb la doctrina d'aquestes resolucions.

5. La segona i la tercera parts de l'obra ressenyada estan dedicades, respectivament, a l'exposició i anàlisi de la regulació de la Llei 8/2022 relativa a la successió contractual del dret civil de Mallorca i Menorca i a la relativa als pactes successoris del dret civil d'Eivissa i Formentera.

5.1. Així, el llibre II analitza (títol I) tot l'esquelet jurídic de la donació universal de béns presents i futurs a partir del text legal i, anticipant-se als dubtes que puguin sorgir, alhora ofereix, per tal de donar una solució a cada dubte, una interpretació quasi «autèntica» de la norma, ja que l'autor, com a president del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears i atès que la Llei 8/2022 es va aprovar pel sistema de lectura única i per unanimitat, es revela com un intèrpret autèntic dels precedents legislatius i de la política legislativa pretesa per la norma.

Això es pot percebre, especialment, en les explicacions en matèria de capacitat i de representació de les parts del negoci, en els detalls sobre l'escriptura de constitució i els seus formalismes, i en alguns temes de nova previsió (en relació amb la regulació històrica de la figura) de la Llei 8/2022, com la novació del contingut, l'eliminació de la reversió legal, el tractament complet de la revocació i l'anàlisi de les dificultats del doble títol (contractual i successori) que presenta el negoci de la donació universal, ja que combina, en vida del donant, la transmissió de present de la condició d'hereu, amb la contradicció interna que conté aquesta idea. En definitiva, tot això ens mostra que les justificacions *de lege data* de l'autor del llibre, i coautor de l'avantprojecte de llei que finalment acaba sent, sense canvis, la Llei 8/2022, revelen, als juristes, molta informació interpretativa interessant en aquest tema.

A continuació (títol II del llibre II) trobem l'estudi del negoci contractual successori de caire particular, més conegut com a *llegítima*. Cal destacar tota la informació que aporta el llibre sobre les característiques de la definició, entre les quals l'onerositat és una de les més difícils de comprendre, i és en aquest punt on s'aporta una major anàlisi de jurisprudència.

Per altra banda, hi ha una descripció detallada de tot l'esquelet de la figura i el seu desenvolupament, amb les vicissituds que poden ocórrer, com ara la regulació del retracte en cas de premoriència del donatari i la computació del valor de la definició en cas que el definit sigui també cohereu. Igualment, es fa èmfasi en els efectes especials

de la definició: la seva relació amb l'obertura de la successió intestada i la posició del descendent legitimari definit dins de la successió intestada.

5.2. La tercera gran part de l'obra (llibre III) es dedica a la successió paccionada d'Eivissa i Formentera, on s'entra en l'anunci i la descripció de l'àmplia tipologia de pactes successoris —a títol universal, a títol particular i en concepte de llegítima— que regula la Llei 8/2022. És precisament en relació amb el pacte de renúncia a la llegítima o finiment que es fa una descripció precisa de totes les seves possibles característiques jurídiques.

Així mateix, és rellevant com l'autor posa en relació les regles de la Llei 8/2022 sobre el dret civil pitius, amb la supletorietat de les regles de la Compilació balear i del Codi civil espanyol; per exemple, en cas de voler pactar com fer front a la premoriència, respecte a l'ascendent donant, del legitimari, i també en matèria de computació i de col·lació del finiment.

La relació entre el finiment i el testament o altres pactes successoris és una matèria regulada amb solucions *sui generis* per part del dret pitius; per això, la seva anàlisi i el seu joc són tractats en l'obra de manera introductòria, tanmateix molt interessant perquè l'autor anticipa plantejaments futurs i de preparació davant les múltiples casuístiques que segur que sorgiran.

6. L'última part del llibre ressenyat s'ocupa dels aspectes fiscals en unes gens menyspreables dues-centes pàgines.

Aquí l'autor fa gala del domini que té de la integració de l'ordenament jurídic civil i fiscal en matèria de negocis de transmissió patrimonial *mortis causa*. Un domini que fa que l'obra, a vegades només descriptiva de la norma, a vegades només panoràmica quant a les teories, adopti sempre una utilitat pràctica, normalment absent en els estudis civils de dret successori.

Així, l'autor explica l'impost sobre donacions i successions, l'impost sobre la renda de les persones físiques (IRPF) i els impostos municipals. Tots aquests impostos sempre són poc relacionats amb les transaccions successòries, però no són poca cosa pel que fa a la quantitat que ha de pagar l'obligat —adquirent o donatari—. Començant per aquest darrer impost, és interessant saber que els ajuntaments poden bonificar, fins a un 95 %, la quota íntegra del tribut, per la qual cosa, depenent del lloc d'ubicació de l'immoble, el donatari haurà de fer front a quantitats majors que en altres per immobles similars; això planteja, d'alguna manera, una certa desigualtat dins d'una mateixa illa.

En relació amb l'impost de donacions i successions, és interessant el repàs que l'autor fa de la lluita competencial per a regular-lo i de les dificultats amb les quals es van trobar els negocis successoris paccionats per tal de poder rebre el mateix tracte bonificat que trobaren les successions *mortis causa* en el cas de les Illes Balears. Així mateix, la dificultat d'entendre que els pactes successoris són negocis *mortis causa*

sense causant és una batalla que encara no s'ha guanyat del tot (per exemple, la Llei 11/2021, de mesures contra el frau fiscal, és bel·ligerant en aquesta qüestió, ja que posa traves a la transmissió posterior del bé donat, per part del donatari, i no ho és quan el bé s'ha obtingut per defunció del donant —causant).

En tercer lloc, destaquem l'exposició del periple que els pactes successoris van patir en relació amb la tributació del guany, per part del donant, en l'IRPF. En aquest punt, el llibre conta tota la trajectòria i analitza el canvi rellevant que representà la Sentència del Tribunal Suprem del 9 de febrer de 2016, que va equiparar, pel que fa al donant, la transmissió d'un bé per pacte successori amb la transmissió per defunció.

Així mateix, en tot el tema tributari, l'autor aporta consultes vinculants fetes pels cooperadors jurídics a l'Administració tributària que, de manera inversemblant, han anat marcant el camí legislatiu en aquesta matèria.

Finalment, en aquesta part del llibre l'autor dona una opinió que podria ser la idea inicial del llibre, el motiu de la necessitat de la Llei 8/2022 i l'avançament de la conclusió d'aquesta ressenya:

Eliminada la tributación del donante o disponente y reducida la del donatario o instituido, no es de extrañar que la celebración de pactos se multiplicara, convirtiéndose en una de las figuras jurídicas más apreciadas del derecho civil balear. Por esa razón, en el año 2017, aprovechando una reforma de la Compilación, se reconoció la posibilidad de su otorgamiento a los ciudadanos de la isla de Menorca.

7. Aquest llibre serà de gran utilitat als operadors jurídics que s'ocupen d'aquestes qüestions perquè, més enllà del text de la Llei, no els caldrà res més per a acompanyar-se en les propostes de planificació successòria i en les resolucions de dubtes jurídics quotidians.

Serà també balsàmic per a la disciplina del dret civil balear, en el sentit que ens muda, definitivament, el punt de partida per al seu estudi al segle XXI. L'obra no emblanquina els problemes, quedant així com una casa vella, sinó que inicia la mudança cap a un nou edifici com a punt de partida des del qual aportar, investigar i desenvolupar el dret successori balear.

Francesca Llodrà Grimalt
Professora titular de dret civil
Universitat de les Illes Balears

NORMES DE PRESENTACIÓ D'ORIGINALS PER A L'EDICIÓ

1. Els articles s'han de redactar en català preferiblement i s'han de presentar en suport de paper i en disquet o CD (si pot ser, picat en el programa de tractament de textos Microsoft® Word per a PC).
2. El cos de la lletra ha de ser del 12, i el text s'ha de compondre amb un interlineat d'un espai i mig.
3. L'extensió de l'article no pot ser inferior a deu pàgines (2.100 caràcters per pàgina). Tots els fulls han d'anar numerats correlativament.

4. La bibliografia s'ha d'incloure al final de l'article. Ha d'estar ordenada alfabèticament per autors i ha de seguir els criteris següents (hi ha uns criteris més detallats a la disposició dels autors).

Els llibres s'han de citar: COGNOM, Nom; COGNOM, Nom. *Títol de la monografia: Subtítol de la monografia*. Lloc de publicació: Editorial, any. Nombre de volums. (Nom de la Col·lecció; número dins de la col·lecció) [Informació addicional]

Els articles de publicacions periòdiques s'han de citar: COGNOM, Nom; COGNOM, Nom. «Títol de la part de la publicació en sèrie». *Títol de la Publicació Periòdica* [Lloc d'Edició], número del volum, número de l'exemplar (dia mes any), número de la pàgina inicial - número de la pàgina final.

5. Les notes s'han de compondre al peu de la pàgina on figura la crida, que s'ha de compondre amb xifres aràbigues volades.
6. En el cas que hi hagi figures, gràfics o taules, s'han de presentar numerats correlativament en fulls a part i indicar dins del text el lloc en què s'han d'incloure durant el procés de maquetació.
7. Juntament amb l'article s'han de lliurar en un full a part algunes dades del currículum de cada autor (quatre línies de text com a màxim).
8. Al final de l'article cal afegir un resum d'un màxim de quinze línies (1.050 caràcters), en: català, castellà i anglès.
9. Amb vista a la indexació en diferents bases de dades, s'han de proposar cinc mots clau com a mínim (en català, castellà i anglès), els quals s'haurien d'extreure, si és possible, de tesaurus o diccionaris d'especialitat.
10. Per a garantir la qualitat dels treballs que es publiquin, el Comitè Editorial i el Comitè Científic sotmetran els articles rebuts a l'informe d'experts en cada matèria.

