

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

Volum 24, 2021

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 Cruanyes i Tor
Xavier Genover i Huguet
Jordi Figa López-Palop
Josep Serrano i Daura
Oriol Sagarra i Trias
Jordi Pujol i Moix
Josep Vilajosana Rubio
Pilar Rebaque Mas
Mariona Serdà Cabré

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)
Antoni Mirambell Abancó (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 24, 2021

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2021

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: març 2022

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

- Derecho a las relaciones personales: el supuesto en el que se impide la relación con el progenitor de edad avanzada con discapacidad,
per Esther Torrelles Torrea 11
- Derogado, por fin, el artículo 28 de la Ley hipotecaria: ¿y ahora qué?,
per Jesús-Julián Fuentes Martínez 49
- Liberalitat i onerositat en les relacions entre cònjuges i convivents i acció de reintegrament del preu en adquisicions oneroses (a propòsit de les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 3/2020, de 3 de gener, i 5/2020, de 6 de febrer),
per Gemma Rubio Gimeno 75

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

- Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 5 de novembre de 2020. L'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda,
per Rosa Barceló Compte 99
- Recull de sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea,
per Antoni Mut Piña 123

RECENSIONS

- M. Esperança Ginebra Molins, *La pluralidad de fiadores frente al acreedor: el «beneficio de división» en los códigos civiles francés, español y de Quebec: En busca de un modelo para la codificación catalana*, Madrid, Wolters Kluwer i Col·legi de Notaris de Catalunya, 2021, 240 p.,
per Rosa Barceló Compte 149
- Santiago Espiau Espiau, *La revocabilidad de la donación en el Código civil de Cataluña*, València, Tirant lo Blanch, 2021, 182 p. (Monografías),
per Ana Hernández Codina 153
- Carlos Villagrasa Alcaide, *El derecho de predetracción: Bienes excluidos de la herencia a favor del cónyuge viudo o de la pareja superviviente*, Barcelona, Atelier, 2019, 186 p.,
per Lúdia Arnau Raventós 158

ESTUDIS

DERECHO A LAS RELACIONES PERSONALES: EL SUPUESTO EN EL QUE SE IMPIDE LA RELACIÓN CON EL PROGENITOR DE EDAD AVANZADA CON DISCAPACIDAD¹

Esther Torrelles Torrea

Profesora titular de derecho civil

Universidad de Salamanca

Resumen

En los últimos años empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos los que solicitan un régimen de relaciones personales o de visitas con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares que se generan entre los descendientes del discapacitado. Suele ser común que uno de los hijos sea el tutor, curador, asistente o guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad (esto último, lo más habitual), y exista una mala relación de aquel con sus hermanos, es decir, con los restantes hijos de la persona discapacitada. Es en estos casos en los que observamos que se está solicitando al juez un régimen de visitas o de relaciones personales por parte de los descendientes que se ven privados de la posibilidad de estar o de comunicarse con sus progenitores. Este supuesto de hecho carece de regulación legal tanto en el Código civil español como en el Código civil de Cataluña y en este trabajo se pretende construir una posible solución haciendo un estudio de las relaciones familiares cuando las partes implicadas son las señaladas anteriormente.

Palabras clave: relaciones familiares, régimen de visitas, estancia y comunicación, discapacidad, medidas de apoyo, asistente, guardador de hecho, curador, desheredación.

1. Desarrollo el presente trabajo en mi condición de miembro investigador del Grupo de Investigación Persona y Consumo. Protección de Colectivos Vulnerables, reconocido el 18 de octubre de 2018 y cuyo investigador responsable es José Antonio Martín Pérez. Se enmarca en el proyecto de investigación «Discapacidad y dependencia: retos para potenciar la autonomía de todas las personas», otorgado por la Junta de Castilla y León y cuyo investigador principal es José Antonio Martín Pérez (SA065G19).

DRET A LES RELACIONS PERSONALS: EL SUPÒSIT EN EL QUAL S'IMPEDEIX LA RELACIÓ AMB EL PROGENITOR D'EDAT AVANÇADA AMB DISCAPACITAT

Resum

En els darrers anys comencen a ser habituals els casos en què són els fills els que sol·liciten un règim de relacions personals o de visites amb els seus progenitors d'edat avançada amb discapacitat, a causa de l'existència de crisis o conflictes familiars que es generen entre els descendents del progenitor amb discapacitat. Acostuma a ser comú que un dels fills sigui el tutor, curador, assistent o guardador de fet del seu pare o la seva mare amb discapacitat (això últim, el més habitual), i existeixi una mala relació d'aquell amb els seus germans, és a dir, amb la resta de fills de la persona que té la discapacitat. És en aquests casos en què observem que s'està sol·licitant al jutge un règim de visites o de relacions personals per part dels descendents que es veuen privats de la possibilitat d'estar o de comunicar-se amb els seus progenitors. Aquest supòsit de fet no està regulat ni en el Codi civil espanyol ni en el Codi civil de Catalunya i en aquest treball es pretén trobar-hi una possible solució fent un estudi de les relacions familiars quan les parts implicades són les assenyalades anteriorment.

Paraules clau: relacions familiars, règim de visites, estància i comunicació, discapacitat, mesures de suport, assistent, guardador de fet, curador, desheretament.

ESTABLISHING PERSONAL RELATIONSHIPS ON BEHALF OF SON PREVENTED FROM VISITING THEIR DISABLED PARENTS

Abstract

In recent years, cases in which it is the son who request a regime of personal relations or visiting arrangements with their elderly parents with disabilities, due to the existence of family crises or conflicts, have become common. Conflicts are generated between the disabled person's descendants. It is usually common that one of the sons is the guardian, curator, assistant or is the *guardador de hecho* of his or her disabled parent (the latter is the most common), with a bad relationship between him or her and his or her siblings, that is, with the remaining children of the disabled person. It is in these cases in which we observe that the judge is being asked for a visiting or personal relations regime by the descendants who are deprived of the possibility of being or communicating with their parents. This case lacks legal regulation both in the Spanish Civil Code and in the Civil Code of Catalonia and in this work we try to construct a possible solution by making a study of the family relations when the parties involved are those indicated above and the disability of the progenitor.

Keywords: family relations, visiting arrangements, residence and communication, disability, support measures, assistant, guardian, curator, disinheritance.

1. PRESENTACIÓN DE UN VACÍO LEGAL

Una primera aproximación al análisis de las relaciones personales (según la terminología del Código civil de Cataluña [CCCat]) o del régimen de visitas, estancia o comunicación (según el Código civil español [CC]), nos conduce a las crisis matrimoniales.² Suele ser el progenitor no custodio el que solicita dichas relaciones personales o régimen de visitas, aunque también pueden reclamarlas otros familiares (hermanos, abuelos u otros parientes) o allegados / personas próximas.³

Según el derecho civil catalán, ante una separación, un divorcio o una nulidad del matrimonio, los progenitores intentan acordar un convenio regulador que debe aprobar la autoridad judicial (art. 233-2.2 CCCat) y, si no llegan a un acuerdo o no lo aprueba el juez, será este el que resolverá los efectos derivados de dicha crisis (art. 233-4 CCCat). Los subapartados 4, 5 y 6 del artículo 233-2 CCCat señalan el contenido del convenio o los aspectos sobre los que los cónyuges deben consensuar una propuesta y el artículo 233-4 CCCat describe las medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial.⁴ Entre estos acuerdos o medidas destaca el establecimiento

2. Señala J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts. Notes a una nova regulació en el dret civil de Catalunya», en *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 1213 y 1214, que fue la Ley republicana de 2 de marzo de 1932 la que reguló por primera vez en el ordenamiento español el derecho del cónyuge que no tenía la guarda a comunicarse con los hijos, pero el fin de la República supuso su cese y hubo que esperar a la Ley de modificación de 24 de abril de 1958, a través de la cual se reguló de nuevo el régimen de visitas en las crisis matrimoniales.

3. El CCCat se decanta por el uso de la expresión «personas próximas», frente a la de «allegados» del CC. I. MIRALLES GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 236-4 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia: Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2001, p. 1228, advierte que entre las personas próximas «hay que incluir no solo a los otros parientes por consanguinidad o afinidad que tenga el menor, sino también a aquellos con los que el menor haya convivido y establecido vínculos afectivos. Cabe pensar en el cónyuge o pareja de cualquiera de sus progenitores, en las personas que lo acogieron, etc.».

4. Como señalan L. ARNAU RAVENTÓS, E. GINEBRA MOLINS y J. TARABAL BOSCH, *Dret de família: Teoria i casos*, Barcelona, Atelier, 2020, capítulo 7, «La nul·litat, la separació i la dissolució matrimonials i els seus efectes», p. 221, en el convenio regulador puede distinguirse un contenido necesario (plan de parentabilidad y alimentos) y un contenido eventual (el régimen de relaciones personales de los menores con abuelos y hermanos que no convivan en la misma vivienda; la prestación compensatoria; la atribución y uso de la vivienda familiar; la compensación económica por razón de trabajo; la liquidación del régimen patrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa; los alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados sin recursos, y los pactos de sumisión a mediación u otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos). Si es el juez quien resuelve (art. 233-4 CCCat), se distinguen las medidas definitivas necesarias de las medidas definitivas eventuales.

Uno de los temas más polémicos es el uso de la vivienda familiar. Sobre el tema, véase G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la Sentència del Tribunal Suprem núm. 641/2018, de 20 de novembre», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 20 (2019), p. 37 i seg.

de un régimen de relaciones personales entre hijos y progenitores, hermanos,⁵ abuelos, parientes o personas próximas (art. 233.1a y c y 233-12 CCCat).⁶

También se regula de forma similar en diversos artículos del CC y de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) lo que se denomina *régimen de visitas, comunicación y estancia* entre los hijos, el progenitor no custodio, los abuelos, los hermanos, los parientes o allegados (art. 90.1 y 2, 94, 103, 160 y 161 CC y 776.3 LEC), y es el eje de todos ellos el artículo 94 CC, reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LRAPD).

Sin embargo, en los últimos años observamos una tendencia muy diferente. Empiezan a ser habituales los casos en los que son los hijos mayores de edad los que solicitan un régimen de relaciones personales o de visitas con sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, por la existencia de crisis o conflictos familiares que se generan entre los descendientes del progenitor con discapacidad. Suele ser común que uno de los hijos sea el tutor, curador o guardador de hecho de su padre o madre con discapacidad (esto último, lo más habitual), y exista una mala relación de aquel con los restantes hijos de la persona con discapacidad. Es en estos casos en los que se está solicitando un régimen de visitas por parte de los descendientes que se ven privados de la posibilidad de estar o de comunicarse con sus progenitores. Puede darse el caso de que el progenitor con discapacidad viva en su propia casa junto a uno de sus hijos, que es el tutor, curador o guardador de hecho, y también que el progenitor con discapacidad viva en casa de este hijo. En estas circunstancias, el hijo cuidador obstaculiza las visitas a los demás hijos.

5. J. BAYO DELGADO, «Comentari a l'article 233-1 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 394, advierte que las relaciones entre los hermanos, de vínculo sencillo o doble, es una novedad en sede de medidas provisionales, pero, incomprensiblemente, el artículo 233-1c CCCat no incluye a los abuelos, como sí hace el artículo 233-12 CCCat.

6. En Cataluña, una de las principales novedades del libro segundo ha sido el plan de parentalidad, que contiene acuerdos sobre aspectos prácticos relativos a la vida cotidiana de los menores y el modo en que los padres se comunicarán; también contiene acuerdos en relación con los asuntos importantes y de incidencia que aparecerán, previsiblemente, a medio y largo plazo. Véase E. LAUROBA LACASA, «Comentari al artículo 233-9 CCCat», en E. ROCA TRIAS Y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 856. Añade la autora (E. LAUROBA LACASA, «Comentari al artículo 233-9 CCCat», p. 857 y 858) que «el plan de parentalidad no debe contemplar las cuestiones ligadas al régimen de relaciones de los menores con los abuelos y los hermanos que no conviven en el mismo domicilio, pues estas cuestiones son otros apartados del convenio regulador [art. 233-2b y c CCCat]. Es necesario subrayar este dato que diferencia el Plan de parentalidad estricto/catalán, de los denominados “Pacto de relaciones familiares” (art. 77 del Código de derecho foral de Aragón) o “Pacto de convivencia familiar” (art. 4 de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana), mucho más amplios». Véase también E. LAUROBA LACASA, «Los planes de parentalidad en el libro segundo del Código civil de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4-2012, p. 9 y sig.

Uno de los elementos característicos de estas situaciones es la discapacidad del o de los progenitores de edad avanzada, que suelen ser personas mayores dependientes.

El problema es que en el ordenamiento jurídico actual no existen instituciones de apoyo específicamente vinculadas a las personas de edad avanzada, por eso cada vez son más frecuentes las lagunas legales en distintos ámbitos en los que están presentes las personas de la tercera edad, paralelas a un incremento de este sector de la población.⁷ Sería conveniente tenerlo presente en las reformas futuras.

En el supuesto planteado confluyen dos temas: la solicitud de un régimen de relaciones personales (si nos referimos al CCCat) o de visitas, comunicación o estancias (según el CC),⁸ y la discapacidad de una persona, habitualmente de edad avanzada.

Aunque a nivel legislativo ni el CCCat ni el CC resuelven esta cuestión, la jurisprudencia ya se ha hecho eco del problema. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de La Coruña de 22 de mayo de 2019 (Roj: AAP C 608/2019), en la que la hija pide un régimen de visitas para ver a su madre, declarada incapaz, dado que su tutora (la hermana de la demandante) le prohíbe verla. En primera instancia se deniega la solicitud por considerar que no está prevista en el ordenamiento la posibilidad de pedir régimen de visitas de hijos a padres. Sin embargo, en segunda instancia se le concede. En el mismo sentido, la SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013) determina la forma y los términos del régimen de visitas solicitado por el hijo para con su madre, la cual vive en su casa con la hermana de aquel, que a su vez es la tutora. La sentencia confirma un régimen de visitas a través de un sistema de recogidas y entregas los lunes, miércoles y viernes de las 16.00 a las 20.30 horas, pues, basándose en el interés de la persona incapaz, no se considera que las visitas en la vivienda de la madre sean lo más beneficioso para ella, por los severos enfrentamientos y agresiones que ha habido entre los hermanos al respecto. Y en el caso de que la madre tenga ya limitados los movimientos, las partes tendrán que ponerse de acuerdo o acudir de nuevo a la vía judicial.

Estos supuestos descritos son cada vez más frecuentes y sería conveniente tenerlos en cuenta legalmente. Cabe destacar que en estos casos no nos ubicamos en materia de crisis matrimonial, sino de crisis familiar. En las próximas páginas se intentará analizar las peculiaridades de este régimen de relaciones personales o régimen de visitas, haciendo una referencia especial a la discapacidad tanto en el CC como en el CCCat, y se propondrá una posible solución a la cuestión planteada. Para ello usa-

7. Para un estudio de ello, véase M. C. QUESADA GONZÁLEZ, *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el derecho catalán*, Barcelona, Reus, 2019.

8. J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts», p. 1214, nota 2, nos enseña que el origen del derecho de visitas se encuentra en la sentencia francesa de la Court de Cassation de 8 de julio de 1857, pues «va ser la primera que va reconèixer el dret d'uns avis a "visitar" el seu nét (d'aquí l'expressió *dret de visita*, que s'ha generalitzat posteriorment a tot arreu, tant per aquells com pels propis progenitors)».

remos, analógicamente, la regulación y la doctrina relativas a los regímenes de visitas o de relaciones personales referentes, especialmente, a los menores. Se es consciente de la necesidad de un estudio de derecho comparado sobre esta materia, que se intentará llevar a cabo en un próximo trabajo. Puedo adelantar que legislativamente no está previsto este supuesto de hecho en las legislaciones de nuestro entorno, ni en códigos más recientes como, por ejemplo, el argentino o el chino. Por ello, será preciso realizar un estudio jurisprudencial, más que legislativo, de derecho comparado.

2. EL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES ENTRE HIJOS Y PROGENITORES CON DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Es preciso empezar por una cuestión terminológica. La doctrina y la jurisprudencia relativas al CC suelen hacer un uso indistinto de las expresiones *régimen de visitas*, *derecho de visitas*, *régimen de visitas*, *comunicación o estancia*, etcétera. Dicha terminología se ha criticado por ser imprecisa o por ser demasiado extensa.⁹ El CCCat, sin embargo, ha optado por la expresión *relaciones personales*, mucho más apropiada a lo que implica dicho derecho.¹⁰ Como advierte Vaquer Aloy al hablar

9. M. ORDÁS ALONSO, *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 21 y 22.

10. Expresión preferida, entre otros, por P. CHAPARRO MATAMOROS, «El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2015), p. 210; A. M. COLÁS ESCANDÓN, «El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2ª, nº 138/2014, de 8 de septiembre)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29 (2015), p. 140; A. I. BERROCAL LANZAROT, «Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 6 (2005), p. 47; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Pamplona, Universidad de Navarra. Servicio de Publicaciones, 1997, p. 23.

Si observamos los ordenamientos de nuestro entorno, se prefiere la expresión «relaciones personales» o similares. Así, el artículo 373-2 del Código civil francés afirma que «[c]hacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent», aunque no desconoce la expresión «droit de visites» (art. 373-2-1 *Code*). El artículo 337-ter del Código civil italiano advierte que «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori». En Portugal, el artículo 1887-A del Código civil manifiesta que «[o]s pais não podem injustificadamente privar os filhos *do convívio* com os irmãos e ascendentes», y el artículo 1906.5 señala que «[o] tribunal determinará a residência do filho e os *direitos de visita* de acordo com o interesse deste».

de las relaciones personales, se trata de un «concepto amplio y ambiguo que permite ir más allá del simple régimen de visitas».¹¹ Además, esta es una expresión también conocida por el legislador estatal, pues la utiliza en el artículo 160.2 CC junto con la expresión «derecho a relacionarse»¹² y en el artículo 176 bis CC, aunque parece distinguirla del derecho de visitas, pues se refiere al «régimen de visitas y relaciones con la familia de origen».¹³ Según nuestro parecer, el término *relación* se usa como sinónimo de *comunicación*, en el sentido de conexión con otras personas, o trato con ellas.

2.1. SIGNIFICADO DE LAS RELACIONES PERSONALES DE LOS HIJOS CON SUS PROGENITORES CON DISCAPACIDAD

Cuando se intenta definir las *relaciones personales* en sede de crisis matrimonial o de potestad parental, se señala que incluyen todo tipo de mecanismos a través de los cuales los menores pueden mantener el contacto y desarrollar lazos afectivos con sus progenitores, en los supuestos en que ambos o alguno de ellos no convivan con el

M. ANDERSON, «Comentari a l'article 236-4 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 807, considera que «sembla que el CCCat vulgui abandonar definitivament la tríada "visites, estada i comunicació" que es despenia de l'art. 76.1.a CF, per adaptar el concepte més ampli de "relació personal", sense desglossar les diferents modalitats en què es pot desenvolupar». Aunque no abandona su alusión en el artículo 233-9.2d y e CCCat, D. VIÑAS MAESTRE, «Comentari a l'article 233-9 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 437, critica el carácter peyorativo y limitativo de la expresión «régimen de visitas».

Hasta ahora se han usado ambas expresiones, pero en lo sucesivo se usará preferentemente la de «relaciones personales», por considerarla más adecuada.

11. A. VAQUER ALOY, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de familia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, p. 140.

12. J. CARBAJO GONZÁLEZ, «El derecho de relación con parientes y allegados del art. 160 CC», *Diario la Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 4 (2000), p. 1507, considera que las expresiones «derecho a relacionarse» y «relaciones personales» buscan la ambigüedad conscientemente al pretender configurar un derecho elástico y acomodado a las circunstancias.

13. Lo mismo sucede en el artículo 66 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que opta por la expresión «régimen de visitas, estancia, relación o comunicación»; o en la Ley orgánica 1/1996, de 1 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia), que usa en sus artículos 20 bis y 21 bis la expresión «régimen de visitas, relación o comunicación». En la misma línea, la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia, reforma el artículo 544 ter de la Ley de enjuiciamiento criminal y en el párrafo tercero de su apartado 7 se refiere al «régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpaado respecto de los menores».

menor, así como con otras personas que conforman su entorno familiar y doméstico.¹⁴ Respecto al «derecho de visitas, comunicación y estancia», en el CC se considera:

[...] el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad.¹⁵

Las relaciones personales o el régimen de vistas, comunicación y estancias determinan el tiempo, modo y lugar en que se ejerce por parte del progenitor no custodio el derecho que tiene de relacionarse con sus hijos. Con dicho establecimiento se pretende facilitar de manera real y posible el contacto entre el progenitor no custodio y sus hijos, de tal modo que se cubran las necesidades afectivas y educativas de los hijos y se fomenten las relaciones paterno y maternofiliales con el fin de mantener la corriente afectiva entre padres e hijos a pesar de la separación o el divorcio.

Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto Anderson, el establecimiento de relaciones personales no solo es relevante cuando los progenitores se separan o divorcian, sino que también se pone de manifiesto y es necesario en otras situaciones: por ejemplo, en los casos de vida separada (art. 236-11 CCCat) por motivos laborales o en los supuestos en los que los progenitores nunca han sido pareja.¹⁶

Y a estas situaciones especiales podemos añadir un nuevo supuesto: el caso en que son los hijos los que solicitan un régimen de relación personal con sus progenitores, aunque aquí no existe una crisis matrimonial, sino una crisis de familia. Observamos que en estos casos también se pretenden cumplir los fines descritos. El progenitor con discapacidad tiene derecho a relacionarse con todos sus hijos de forma habitual y cotidiana, con independencia de quien sea su guardador, tutor, curador o asistente. Estas relaciones, no obstante, deberán adaptarse a las circunstancias y los

14. M. ANDERSON, «Comentari a l'article 236-4 CCCat», p. 807 y 808. Estamos ante un derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, con independencia de cuál de ellos tenga atribuida la guarda. Aunque el supuesto normal en el que siempre se piensa es el del régimen de relaciones respecto del progenitor que no convive con el hijo, «també és cert que, depenent del moment i justament arran del règim de relacions amb el progenitor no guardador, s'ha de mantenir, dins del possible, una comunicació fluida amb el guardador». La finalidad principal es la contribución al desarrollo adecuado de la personalidad del menor.

15. M. ORDÁS ALONSO, *El derecho de visita, comunicación y estancia*, p. 71.

16. M. ANDERSON, «Comentari a l'article 236-4 CCCat», p. 809.

hábitos del progenitor con discapacidad, pues es una persona, habitualmente, con una autonomía limitada y unas rutinas de vida adaptadas a sus necesidades.

Se pretende mantener el vínculo afectivo entre las partes y, a la vez, disfrutar de los progenitores y atenderles en lo necesario. Es preciso que entre los hijos y el progenitor con discapacidad exista una relación fluida, parecida a la que existía antes de la privación del contacto por parte de uno de los descendientes. En este caso, adquieren protagonismo las necesidades afectivas sobre las educacionales. Se quiere fomentar los vínculos personales, que no se extienden solo a los hijos que pretenden un régimen de relación personal con sus progenitores, sino que incluyen también el contacto con los nietos, hermanos o demás parientes y allegados o personas próximas (como sucede también con los menores). Lo que sucede es que estas relaciones, en el CC y en el CCCat, están pensadas para el caso en que los solicitantes de las relaciones personales son los progenitores, abuelos, hermanos, parientes o allegados o personas próximas respecto a hijos menores o hijos mayores de edad con discapacidad (básicamente, art. 233-1, 233-2 y 236-4 CCCat, y art. 94 y 160.2 CC). Pero cuando la solicitud de relaciones personales es a la inversa, la finalidad primordial de dichas relaciones es mantener y conservar los canales afectivos entre las partes, fomentar el bienestar no solo de los progenitores, sino también de sus descendientes, y conseguir preservar o mantener un entorno familiar. Como señala la jurisprudencia, la relación de los hijos y los nietos con sus progenitores o abuelos discapacitados «no puede considerarse perjudicial sino beneficios[a] por tratarse de una relación primaria o de derecho natural entre familiares tan directos» (SAP de La Coruña de 18 de junio de 2013; JUR/2013/245997). En estas relaciones, la función educacional se desdibuja, pues no es un objetivo primordial entre progenitores e hijos, pero no significa que deba excluirse, especialmente si existen nietos, pues se fomenta la cultura del respeto a los mayores y del aprendizaje de los mismos.

Las relaciones personales solicitadas por los hijos respecto a sus progenitores incluyen, también, atenderles en sus necesidades y ayudarles en lo que precisen. Se convierten en esenciales la compañía y el entretenimiento de los mismos por parte de sus descendientes, parientes o personas próximas.

El derecho a mantener un régimen de relaciones personales entre progenitores e hijos en los supuestos de crisis matrimoniales se configura como un derecho-deber, lo que implica que el derecho a relacionarse no supone satisfacer el deseo del progenitor no custodio, sino que implica atender las necesidades afectivas y educativas de los hijos para que tengan un desarrollo armónico y equilibrado, siempre que sea beneficioso para salvaguardar sus intereses.¹⁷ En el supuesto de que quien exija el régimen

17. Por todos, véase M. CASTILLA BAREA y A. L. CABEZUELO ARENAS, «Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, *Tratado del derecho de familia*, 2a ed., vol. II, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 476.

de relaciones personales sean los hijos, se pretende también atender las necesidades afectivas y se intenta salvaguardar los intereses familiares y evitar la desconexión entre progenitores e hijos. Las relaciones personales en estos casos son un derecho tanto de los hijos como de los progenitores con discapacidad. Es un derecho recíproco.¹⁸ Y en algunos casos, cuando el progenitor, por su enfermedad, no sea consciente de las personas de su entorno, este derecho lo asume casi con exclusividad el hijo que solicita un régimen de relaciones personales con su progenitor. Este derecho-deber se ejerce de forma personal y nace de la filiación,¹⁹ de ahí que también esté presente en el supuesto sometido a análisis. Así lo considera la SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2017 (JUR/2018/27838) respecto de la comunicación de una hija con su madre discapacitada. O la SAP de Salamanca de 23 de febrero de 2013, que considera que la oportunidad del derecho del hijo demandante a visitar y tener comunicación con su madre es incuestionable.

Además, hay que buscar el bienestar de la persona de edad avanzada con discapacidad y observar si resulta beneficioso el establecimiento de un régimen de relaciones personales a favor de los hijos. Como señala la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005),

[...] de las actuaciones no se colige que haya existido una situación de conflicto entre la parte actora y el incapaz, por lo que la relación con su hija y nie-

A nivel jurisprudencial se insiste también en esta perspectiva. Por todas, véase la SAP de Madrid de 22 de marzo de 2019 (Roj: SAP M 3961/2019): «[...] el régimen de visitas a que alude el referido art. 94 CC consagra un derecho-deber que tiene por finalidad fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separación convivencial, no se vean afectados por las desavenencias de sus padres». Existe un interés mutuo en el trato y la relación de padres e hijos.

18. Es un derecho recíproco, al igual que lo es el derecho de relaciones personales entre los nietos y los abuelos. J. FERRER RIBA, «Comentari a l'article 135 CF», en J. EGEA FERNÁNDEZ y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 629; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, p. 118.

Incide en la idea de que el disfrute mutuo de la compañía entre progenitores e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo acreedores de este derecho tanto los hijos como los progenitores, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 18 de febrero de 2020, caso Cînta contra Rumanía. Puede consultarse un comentario de la misma en J. A. CLIMENT GALLART, «La restricción del derecho de visitas de los padres con discapacidad mental. Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2020. Caso Cînta c. Rumanía», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30 (julio 2020), p. 678-691.

19. I. MIRALLES GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 236-4 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 1226 y 1227, donde añade que «el derecho de relación personal se debe entender también como un derecho subjetivo de los hijos y, en consecuencia, los hijos estarán legitimados para reclamar de su guardador que les permita mantener contacto con el otro progenitor y con el resto de los parientes».

tas, familia igualmente del declarado incapaz, debe entenderse beneficiosa para el mismo, por no constar prueba en contrario que así lo acredite; y, sin que la conflictividad gratuita entre las partes hoy en litigio, deba perjudicar al incapacitado, debiendo también plantearse las partes que el interés del declarado incapaz pasa igualmente por orillar su problemática personal [...].

Se repite esta idea en la SAP de La Coruña de 23 de febrero de 2015 (JUR/2015/99169), en la que se advierte:

[...] en la adopción de una decisión de tal clase prima el principio de prevalencia del interés y beneficio de la incapaz sobre cualquier otro, sin que el alegato de indefensión pueda ser estimado, desde el momento que dicha decisión corresponde a los órganos jurisdiccionales que [...], son a los que les compete velar para que los intereses de los incapaces se encuentren debidamente protegidos, ante la imposibilidad de que pueda valerse por sí misma la declarada incapaz.

En los casos que analizamos el problema no es tanto el derecho a un régimen de relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, sobre el cual no existe duda de su necesidad, sino que la cuestión suele centrarse en la forma en que se desarrollan dichas relaciones. Es evidente que el tiempo, el modo y el lugar del ejercicio del derecho a relacionarse dependen de múltiples circunstancias y situaciones (necesidades y limitaciones de los progenitores con discapacidad, estado de salud de los mismos, actividad laboral de los hijos...). Los progenitores discapacitados están en una situación más vulnerable y exigen unos cuidados y unas atenciones especiales que hay que tener presentes. Es por ello que la casuística es muy variada y en la jurisprudencia que hemos ido citando observamos que no existen criterios estandarizados, por eso se establece un derecho de relación de tres días a la semana, los fines de semana alternos, unas horas determinadas del día, etcétera.

2.2. CONTENIDO BÁSICO DE LAS RELACIONES PERSONALES HIJOS / PROGENITORES CON DISCAPACIDAD

En cuanto al contenido básico del derecho de relaciones personales, incluye, en todo caso y entre otros, los tres aspectos que se exponen a continuación.

2.2.1. *El derecho de visita o estancia*²⁰

Los casos regulados en nuestro ordenamiento se centran en los supuestos de crisis matrimonial y por lo general suelen desarrollarse en los domicilios de los progenitores, aunque existen excepciones.²¹ Si en las crisis matrimoniales la razón de ser del régimen de visitas reside en la imposibilidad «metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre»,²² la misma imposibilidad se observa cuando son los hijos los que entre ellos se prohíben visitar a sus progenitores de edad avanzada.

Cuando el régimen de relaciones lo solicitan los hijos respecto a los padres, las visitas pueden desarrollarse en el domicilio de los hijos solicitantes a través de un sistema de recogidas y entregas. Es el supuesto que menos fricción puede generar entre las partes, pues hay poca coincidencia de las partes en conflicto.

También es posible que el progenitor discapacitado viva en su propio domicilio con uno de sus hijos guardador de hecho, curador, tutor o asistente. En estos casos no se puede impedir el acceso a quien tiene el mismo derecho que el cuidador a permanecer en el inmueble y debe aceptarse la visita de los demás hijos, a no ser que dichas visitas generen conflictos severos que acaben perjudicando al bienestar de la persona mayor con discapacidad, como sucedía en el supuesto de la SAP de Salamanca de 23 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013).

Puede darse también el caso de que el progenitor discapacitado conviva en casa del hijo que ha sido asignado como tutor o curador o es el guardador de hecho del mismo, y que por su estado de salud no pueda llevar a cabo o no sean recomendables los desplazamientos. En este supuesto, la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2005 (Roj: SAP B 13898/2005) señaló que no existe una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte del hijo solicitante de relaciones personales «pues el régimen de visitas se ha previsto en la vivienda en que habita el incapacitado, lo que hace decaer su tesis revocatoria, dado que igualmente tiene derecho el incapaz a recibir en la misma a su familia». Además, en estos casos la jurisprudencia advierte que el tutor

[...] deberá permitir que pueda ser visitada la persona incapaz por sus otros hijos y nietos, siendo el tutor quien fije con criterios de racionalidad atendiendo

20. Los términos *visita* y *estancia* se suelen considerar sinónimos. M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 94 CC», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 218.

21. Los casos polémicos suelen ser los supuestos de enfermedad de los menores (SAP de Madrid de 1 de diciembre de 2015; Roj: SAP M 17567/2015).

22. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (el derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Madrid, Reus, 2019, p. 236.

a sus posibilidades y a la situación personal del incapaz un concreto régimen de visitas o en su caso estancias de su padre con sus hermanos (SAP de Valencia de 23 de marzo de 2011; JUR/2011/242018).

A veces, la conflictividad y la mala relación entre los hijos han aconsejado que el régimen de visitas se desarrolle en un punto de encuentro familiar (PEF), con unos horarios adaptados a las rutinas y los hábitos de la progenitora con discapacidad (SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2017; JUR/2018/27838).

En todo caso, si concurren circunstancias relevantes que afectan al bienestar del progenitor, el régimen de visitas o de contacto puede limitarse o suspenderse. No obstante, la discapacidad de los progenitores no debe considerarse una circunstancia relevante²³ que justifique la suspensión o la limitación del régimen de visitas. Puede suponer una adaptación de las circunstancias, pero en ningún caso un motivo de suspensión o restricción, excepto que existan motivos adecuadamente fundamentados para la persona con discapacidad.²⁴ En cambio, si son circunstancias relevantes para denegar un régimen de visitas solicitado por una cuidadora (en condición de allegada) de la persona de edad avanzada con discapacidad cuya tutora es su hija, el hecho de que solo existiera una relación laboral entre ellas, quebrada por diversas incidencias y habiendo acreditado, además, que las visitas que previamente existieron entre ellas se revelaron nocivas para la propia persona discapacitada (SAP de Valladolid de 15 de julio de 2010; JUR/2010/303124).

El régimen de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, pues estamos ante un derecho que actúa para fomentar y mantener las relaciones entre progenitores e hijos. Este derecho solo puede ceder ante un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del progenitor con discapacidad. Su finalidad no es únicamente dar cumplimiento a los deseos de los hijos de la persona con discapacidad, sino también satisfacer las necesidades afectivas de forma amplia, en aras de un desarrollo íntegro de su estabilidad.

23. Prefiere usarse la expresión «circunstancia relevante» en sintonía con la nueva redacción del artículo 94 CC a través de la LRAPD, que viene a sustituir la suspensión o limitación de las visitas por «graves circunstancias».

24. Como se señala en múltiples sentencias, véase, por todas, la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2008 (Roj: SAP B 7565/2008):

El régimen de visitas no puede ser interpretado de forma restrictiva, por su propia naturaleza y por tratarse de un derecho que actúa para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos y su mantenimiento y desarrollo. Este derecho solo puede ceder ante un peligro concreto y real para la salud física psíquica o moral del menor. Es un complejo derecho-deber cuyo cumplimiento no tiene por finalidad únicamente dar cumplimiento a los deseos de los progenitores, sino principalmente satisfacer las necesidades afectivas y educacionales, de forma amplia, de los hijos, en aras de un desarrollo íntegro de su personalidad y equilibrio.

No podemos cerrar este punto sin hacer una breve alusión a un hecho que se da con frecuencia en nuestra sociedad y que podríamos denominar la *guarda de hecho compartida de personas mayores* (o *relaciones personales compartidas* o *cuidado compartido*). Son aquellos casos en los cuales el cuidado de los progenitores se reparte entre los hijos en periodos similares, asumiendo la guarda de hecho el hijo en cuya compañía y cuidado esté el progenitor en cada uno de esos periodos. En estos casos debe preverse también la posibilidad de establecer un régimen de relaciones personales y especialmente de comunicación entre el progenitor y los hijos no guardadores.

2.2.2. *El derecho de comunicación*

Supone la relación que tiene lugar entre progenitores e hijos cuando no están en contacto físico o cuando no proceden visitas o estancias, o durante el periodo entre estas visitas o estancias. Deben favorecerse dichas comunicaciones sea cual sea el mecanismo usado para ello (teléfono, videoconferencias, etc.).

2.2.3. *El deber de información*

Este deber adquiere una relevancia especial en nuestro tema. Es importante destacar la necesidad de comunicar, por parte del hijo titular de cualquier modalidad de guarda, las vicisitudes del día a día, de la enfermedad de los progenitores discapacitados o de su evolución, a los hijos no convivientes. El derecho a estar informado corresponde a los hijos del progenitor con discapacidad, lo que supone una implicación y una colaboración entre ellos para informarse sobre los acontecimientos relativos a sus progenitores.²⁵ Ello no implica una supervisión o fiscalización de la actuación del guardador, sino el derecho de conocer la situación por parte de los demás descendientes. Por ello, consideramos que los hijos no convivientes están legitimados para solicitar información al respecto cuando lo consideren oportuno. Tienen derecho, por ejemplo, a conocer las visitas médicas de su progenitor, para poder acompañarle si lo desean.²⁶ La canalización de dicha información puede ser diversa: verbal o apor-

25. E. LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 236-12 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 844, en cuanto al ejercicio de la potestad parental, hace referencia a la necesidad de implicación de los dos progenitores a la hora de informarse sobre los acontecimientos referentes al menor y aporta un interesante estudio de derecho comparado.

26. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario al artículo 236-12 CCCat», en E. ROCA TRIAS Y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 1260 y 1261, aunque en el caso de relaciones de progenitores con

tando copia de los certificados médicos —el historial de una intervención quirúrgica, por ejemplo—. Según la SAP de Salamanca de 25 de febrero de 2013 (Roj: SAP SA 101/2013), se considera una obligación implícita que puede hacerse efectiva durante la entrega o la recogida de la persona discapacitada o cuando se produzca la visita en el domicilio.

Cabe preguntarse si también es preciso informar respecto a la esfera patrimonial del progenitor discapacitado. Considero que la información también debe extenderse a estos aspectos, aunque ello no debe suponer una rendición de cuentas, pues no son los hijos no convivientes los destinatarios de la misma. Sería aconsejable establecer unos plazos periódicos para dicho cometido.²⁷

Para terminar esta sección y aprovechando la oportuna reflexión de Egea Fernández en materia de relaciones personales entre abuelos y nietos,²⁸ el mensaje que debería transmitir el legislador con la regulación de las relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, es evitar que los enfrentamientos y las luchas familiares las obstaculicen; aquí es más difícil usar al progenitor con discapacidad como moneda de cambio, pero debemos procurar su bienestar e incrementar en lo posible la relación con su círculo más íntimo en la fase final de su vida.

2.3. LA «AUSENCIA MANIFIESTA Y CONTINUADA DE RELACIÓN FAMILIAR» ENTRE HIJOS Y PROGENITORES

El título de este apartado nos lo inspira el artículo 451-17 CCCat, en el que se recogen las causas de desheredación. En su apartado 2, letra e, se menciona como una de las causas «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».²⁹

menores advierte que el deber de informar «abarca también situaciones que todavía no han sucedido, pero se tiene el conocimiento de que van a suceder o muy probablemente van a suceder si no hay un cambio de orientación».

27. El artículo 236-12 CCCat, en sede del ejercicio de la potestad parental, obliga al progenitor que la tenga atribuida a informar al otro progenitor no solo de los hechos relevantes relativos al menor, sino también de la administración de su patrimonio, por lo menos cada tres meses. Con más razón será precisa dicha información respecto al patrimonio del progenitor con discapacidad, probablemente más cuantioso (aunque no necesariamente) que el de un menor.

28. J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts», p. 1217.

29. El efecto inmediato y característico de la desheredación, como expresa J. RIBOT IGUALADA, «Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions», vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1394, «és únicament, malgrat l'etimologia d'aquesta paraula, l'extinció del legitimari desheretat (451-17.1 i 451-25.1). Amb tot, aquest segueix fent nombre per determinar l'import de les lliqüitats individuals dels altres co-

Vamos simplemente a asomarnos, pero sin detenernos, a dicha causa por lo que a nuestro tema se refiere.

La ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares engloba situaciones en las que el conflicto familiar no supone episodios graves de violencia física o verbal, pero en las que existe una ruptura afectiva y de las relaciones.³⁰

Esta falta de relación familiar, como nos señala Vaquer Aloy, también

[...] ha sido insertada en la causa del maltrato de obra del art. 853.2 CC mediante la inclusión interpretativa del maltrato psicológico por el Tribunal Supremo (sentencias de 3 junio 2014 y 30 enero 2015), inclusión extensiva que se ha validado también para el derecho de sucesiones gallego (art. 263.2 LDCG).³¹

Traer a colación la desheredación no supone la cruz de la moneda del tema que estamos analizando, pero sí el borde de la misma. Es decir, si el supuesto que estamos analizando son los hijos que pretenden relacionarse con sus progenitores con los que han tenido contacto fluido hasta el momento, podemos plantearnos qué sucede en los casos en que no ha existido relación personal entre las partes. Este caso sí está previsto en el ordenamiento jurídico, donde se configura como un supuesto de desheredación.

legitimarís (art. 451-6) i no té lloc l'«acreixement legitimari» (arts. 451-25.3 i 451-4.2 in fine)».

Es aconsejable el trabajo de A. LAMARCA I MARQUÈS, «Relacions familiars i atribucions successòries legals. Novetats en la regulació de la llegítima i la quarta vidual», en *El nou dret successori del Codi civil de Catalunya: Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, p. 263 y sig., que analiza dicha causa de desheredación.

30. J. RIBOT IGUALADA, «Comentario al artículo 451-17 CCCat», p. 1400. Es interesante la comparativa que realiza el autor con el derecho alemán, en el cual (art. 773a *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* [ABGB]) se prefiere hablar de «relación cercana» (*Pflichtteilsinderung*). En estos casos, se entiende que la ley remite a las relaciones típicas de familiares, sin ser precisa la convivencia actual ni haber convivido en ningún momento.

31. A. VAQUER ALOY, «Acerca del fundamento de la legítima», *Indret*, año 2017, núm. 4 (octubre), p. 4. Véase un interesante análisis de derecho comparado de dicha causa de desheredación también en A. VAQUER ALOY, «Desheredación por falta de relación familiar y libertad de testar: a propósito de la nueva causa de desheredación del art. 451-17.e) del Código civil de Cataluña», en José María de la CUESTA SÁENZ, Elena VICENTE DOMINGO, María Teresa CARRANCHO HERRERO, José María CABALLERO LOZANO y Raquel de ROMÁN PÉREZ (coord.), *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuter y Universidad de Burgos, 2013, p. 1153 y sig., esp. p. 1160-1163. Puede consultarse también, entre otros, A. L. REBOLLEDO VARELA, «Problemas prácticos de la desheredación de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono de los mayores», en Á. L. REBOLLEDO VARELA (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 410 y sig.

Quizás podría haberse aprovechado la ambiciosa reforma de la LRAPD para incorporar en el artículo 756 CC el abandono de cuidado o la ausencia de relación personal como causa de indignidad.

Podemos plantearnos la situación en la que entre el progenitor y alguno de sus descendientes haya existido esta ausencia manifiesta y continuada de relación familiar y, en la última etapa de la vida de aquél, el descendiente pretenda retomar dicha relación ante la oposición de otro de los descendientes. Lo que nos interesa es si en estos casos cabe establecer un régimen de visitas o de relaciones personales. Si el que se opone a la relación es el progenitor (que quizás, incluso, ha desheredado al hijo con el que no tenía relación), no debería establecerse un régimen de relaciones personales por respeto a su deseo o voluntad. Si el que se opone es uno de los hijos, pero no el progenitor, deberían ser respetadas la voluntad y los deseos de este y establecerse dicha relación.

Si se diera esta circunstancia de acercamiento o, mejor dicho, de restablecimiento de las relaciones entre las partes, no se cumplirían los requisitos de la desheredación por falta de relación (art. 451-17e CCCat). Como nos señala Vaquer Aloy,

[...] no se trata de cualquier falta de relación, sino que viene calificada por los adjetivos «manifiesta» y «continuada». Continuada implica no sólo su duración en el tiempo, sino su persistencia en el momento del fallecimiento del causante, y manifiesta, que se deba a actos serios y exteriorizados. Por último, la causa de desheredación debe ser imputable exclusivamente al desheredado.³²

La duda es si, desheredado por el progenitor uno de sus hijos por falta de relación, este deseo posterior de retomar las relaciones por parte de ambos puede generar la ineficacia de dicha desheredación. Como hemos señalado anteriormente, no se cumpliría el requisito de la «continua» falta de relación familiar, por lo que no podría alegarse la causa del artículo 451-17e CCCat. En este sentido, como bien señala Ribot Igualada, «si la relació familiar es trenca i més tard es restableix, això implica la reconciliació de les parts i la ineficàcia del desheretament basat en l'absència (temporal) de relació (art. 451-19 [CCCat])».³³

3. EL PROGENITOR DE EDAD AVANZADA CON DISCAPACIDAD COMO UNA DE LAS PARTES DEL RÉGIMEN DE RELACIONES PERSONALES

Como hemos ido indicando, el régimen de relaciones personales se solicita respecto a un progenitor que adolece de alguna discapacidad que le impide decidir por sí

32. A. VAQUER ALOY, «Desheredación por falta de relación familiar», p. 1165.

33. J. RIBOT IGUALADA, «Comentario al artículo 451-17 CCCat», p. 1401, y añade que «per desheretar cal, doncs, que la situació s'hagi perllongat un temps, que el causant l'hagi fet servir per desheretar el legitimari i que la relació familiar amb aquest no s'hagi restablert abans de la mort del causant».

mismo o tener autonomía plena para disfrutar de dichas relaciones, obstaculizadas, a su vez, por la resistencia a las mismas por parte de su descendiente cuidador. Esto nos obliga a hacer una breve referencia a la discapacidad en el CC y en el CCCat. El tema de la discapacidad ha sido objeto de una ambiciosa reforma a través de la LRAPD, que ha afectado a un conjunto de leyes —entre ellas, el CC e, indirectamente, también el ordenamiento catalán— al apoyarse en el procedimiento de incapacitación español que se ha derogado. Como advierte García Rubio,

[...] las competencias de algunas comunidades autónomas en materia de legislación civil, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE y los correspondientes estatutos de autonomía, implica que esta nueva regulación no va a ser aplicable, en su parte sustantiva estrictamente civil, a todo el Estado; en consecuencia, sigue pendiente la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos competentes en la materia.³⁴

3.1. LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: EFECTOS DE LA REFORMA POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO (LRAPD)

La materia sobre la discapacidad ha sido profundamente reformada en el CC por la LRAPD.³⁵ Antes de dicha ley, el CC solo contemplaba una institución con el propósito de solventar la necesidad de adaptar la capacidad de la persona en aquellos casos en que estuviera afectada por una enfermedad o una deficiencia que le impidiera gobernarse por sí misma: la incapacitación (antiguo art. 200 CC). La situación

A. VAQUER ALOY, «Desheredación por falta de relación familiar», p. 1166, opina que «el espíritu de la norma debe ser el de permitir la desheredación cuando la conducta del legitimario se erija en la causa adecuada, atendidas las circunstancias, de la ausencia de relación, pues de otro modo los “costos de aplicación de la norma” que vaticina el preámbulo de la Ley 10/2008 serían excesivos».

34. M. Paz GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm. 136 (2021), p. 45-62, y añade que «por el contrario, tanto la reforma en materia de legislación registral (Ley de Registro Civil y Ley hipotecaria) como procesal (Ley de jurisdicción voluntaria y Ley de enjuiciamiento civil), son aplicables, *tout court*, en todo el estado, como se desprende de los arts. 149.1.8 y 149.1.6 CE». Lo cierto es que Cataluña ya está trabajando en ello.

35. Ya se han levantado críticas a la misma, entre otros: F. PANTALEÓN PRIETO, «¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (i)», *Almancén de Derecho*, 8 de abril de 2021; disponible en línea en: <<https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i>> (consulta: 26 julio 2021). O A. CARRASCO PEREA, *Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores* (en línea), Toledo, Centro de Estudios de Consumo, 30 de junio de 2021 (Publicaciones Jurídicas); disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf> (consulta: 12 julio 2021).

específica de cada persona se valoraba judicialmente para «graduar» la incapacidad y determinar el régimen de guarda al que debía quedar sometida, por lo que existía una pluralidad de instituciones al respecto. La modificación judicial de la capacidad se configuraba como un instrumento de protección de la persona que no estaba en condiciones de actuar por sí misma. Se partía de la base que las personas afectadas por una discapacidad sufren disfunciones que obstaculizan su aptitud para ejercitar válidamente actos con trascendencia jurídica, y en estos casos se optaba por la aprobación de medidas que podían implicar modificaciones de la capacidad de obrar. Sin embargo, dado que la incapacitación ha sido un instrumento poco respetuoso con la dignidad y la capacidad de la persona, el debate que generaba dicho sistema era el de determinar si realmente la incapacitación constituía el sistema de protección más adecuado, o si debían buscarse otras fórmulas para las personas afectadas de discapacidad.³⁶ A pesar de la flexibilidad de la regulación del CC —al establecer una declaración de incapacidad graduable—, la legislación era demasiado drástica y discriminatoria y vulneraba la idea de proporcionalidad de las medidas al mantener la dualidad entre capaces e incapaces incapacitados o susceptibles de incapacitación como únicas opciones previstas legalmente.³⁷

36. Desde hace años eran numerosas las voces que proponían prescindir del proceso de incapacitación y la subsiguiente tutela o, al menos, limitarlos a las personas con deficiencias más graves, en las que eran inoperantes las alternativas, por lo que en todo caso se debía adaptar la incapacitación a las necesidades individuales de cada persona. A título de ejemplo, R. LEÑA FERNÁNDEZ, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en R. MARTÍNEZ DÍEZ (coord.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas, 2000, p. 185; M. D. CASAS PLANES, «Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (Referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007)», en S. de SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, p. 479; M. PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», *Diario La Ley*, núm. 7691 (9 de septiembre de 2011); M. PEREÑA VICENTE, «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en M. PEREÑA VICENTE (dir.), *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 119 y sig.; C. CUADRADO PÉREZ, «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (2020), p. 13 y sig.

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el tema a través de sentencias que han intentado adaptar a la Convención de Nueva York la regulación anterior a la reforma. Escapa de estas líneas profundizar en ello, pero puede consultarse (entre otros) M. Á. PARRA LUCÁN, «La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 59 (21 febrero 2019), p. 473 y sig.

37. B. VARELA AUTRÁN, «La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras», en M. Á. MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *La defensa jurídica de las personas vulnerables: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2008, p. 87.

Actualmente, como consecuencia de esta regulación descrita, son abundantes los supuestos en los que existe una sentencia de incapacitación de los progenitores y la asignación como tutor o curador a alguno de sus hijos. Y es dentro de esta situación en la que se generan los conflictos familiares al existir obstáculos por parte del tutor o curador para que se mantengan las visitas con otros hijos de la persona con discapacidad. Cuando la institución tutelar era representativa, el posible abuso por parte del tutor dirigido a dificultar las visitas era evidente y frecuente. En cuanto a las sentencias que se han ido dictando sobre el tema, la decisión del régimen de visitas se acaba estableciendo por el juez o el acuerdo de los hijos sin tener en cuenta los deseos, la voluntad y las preferencias del progenitor discapacitado.

La reforma del CC a través de la LRAPD ha supuesto un cambio radical en la materia. Para este cambio fue determinante la Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de la ONU, que promulgó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Convención de Nueva York), ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Pretende generar una reflexión acerca de mecanismos más flexibles de actuación y protección de las personas con discapacidad de modo que permitan que sea potenciada su capacidad. Esta ha sido la hoja de ruta del legislador español en la LRAPD.

La Convención de Nueva York parte del derecho de todas las personas con discapacidad a disponer de los medios para poder ejercer sus derechos en condiciones de seguridad y de acuerdo con sus deseos y preferencias. Viene a potenciar la diferenciación entre las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad y las medidas sustitutivas de la capacidad. En este sentido, el concepto de *proporcionalidad* que utiliza la Convención no es excluyente de medidas representativas cuando se requieran, pero pasan a ser algo excepcional.³⁸ Solo en los casos más graves, en los que la discapacidad de la persona le impida realizar totalmente actos con trascendencia jurídica, el hecho de no establecer alguna medida de sustitución de la capacidad supondría la privación a la persona discapacitada de la posibilidad de actuación en el ejercicio y la defensa de sus intereses legítimos, lo que en definitiva sería contrario al principio de igualdad. Se requiere, eso sí, que se establezcan las garantías necesarias para que la medida sustitutiva de la capacidad se adopte *solo* en los casos estrictamente necesarios. Y, además, mediante el establecimiento de cautelas y salvaguardas que permitan asegurar que la sustitución de la capacidad en tales situaciones se realiza en beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad. En todo caso, no es el mecanismo prioritario, como ha sido hasta ahora en la mayoría de las ocasiones, sino que es muy

38. M. Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23 (2009), p. 349.

excepcional, sin olvidar que «en todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones».³⁹ Como con claridad señala Ribot Igualada, lo que procede en el caso de las personas con discapacidad

[...] es potenciar su autonomía en el diseño de los apoyos y poner los medios para que pueda ejercer esa autonomía en condiciones de seguridad y de máxima eficacia. [...] «Independientes, pero no solos» es un buen lema que resume el sentido del nuevo modelo de asistencia o apoyo.⁴⁰

Se advertía *supra* que la reforma del CC a través de la LRAPD diseña un cambio importante en la materia. Aunque la nueva regulación no define a la persona con discapacidad, ya advertía la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 de enero de 2017 (Roj: 113/2017) que

[...] la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el art. 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con distintas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

La nueva LRAPD parte de la idea central que las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones, incluso si tienen trascendencia jurídica. Con la nueva regulación se ha apostado, básicamente, por la «desjudicialización», pues, aunque las garantías que otorgaba el control judicial pudieran ser beneficiosas, era conveniente pasar a un nuevo modelo en el que desapareciera la incapacitación, para evitar someter a la persona discapacitada a un proceso judicial. Se ha apostado también, como eje central, por el respeto a los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, quien, como regla general, será la encargada de tomar

39. Comentario del párrafo 3 (obs. 17) del artículo 12 de la Convención de Nueva York, en la observación general núm. 1 (2014): Convention on the Rights of Person with Disabilities/Comission/General Comment/1 (CRPD/C/GC/1), p. 5 (disponible en línea en: <www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (consulta: 26 julio 2021).

40. En J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica», en M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 67-70, esp. p. 66, son interesantes las reflexiones del autor sobre el retraso del ordenamiento jurídico en adaptarse a la Convención.

sus decisiones, en detrimento de seguir el criterio del «mejor interés de la persona con discapacidad», que desaparece. Desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y ahora el concepto de *capacidad jurídica* es unívoco y comprende tanto la titularidad del derecho como el poder o la legitimación para su ejercicio. También se apuesta por la instauración de las medidas de apoyo: en función de ello, la base de la reforma parte de la premisa que la *protección* no puede seguir basándose en la *sustitución* de la capacidad de obrar.⁴¹ Junto a ello, se incorporan medidas de apoyo con la finalidad simplemente de ayudar o asistir a las personas afectadas por determinadas discapacidades, pues lo importante es que decidan ellas en la medida de sus posibilidades.⁴²

Hay un aspecto importante que cabe resaltar en cuanto a la idea del *interés superior de la persona con discapacidad*, principio sobre el que se han apoyado hasta ahora muchas sentencias. Como nos advierte García Rubio,

[...] el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y de sus preferencias». Por consiguiente, el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estos no es aplicable para aquellas.⁴³

41. Para un estudio más detallado de las novedades, véase M. Paz GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad»; y M. Paz GARCÍA RUBIO, «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006», en M. GARCÍA GOLDAR y J. AMMERMAN YEBRA (dir.), *Propostas de modernización do dereito*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2017, p. 11.

42. En cuanto a las medidas de apoyo de las que puede disponer la persona discapacitada, hay que estar al artículo 250 CC, según el cual existen tres medidas de apoyo típicas: las voluntarias (de presente, preventivas o de futuro, destacando en este último caso los poderes o mandatos preventivos y la autocuratela), las informales (la guarda de hecho) y las formales o judiciales (la curatela y el defensor judicial). Cabe recordar que el apoyo ha de estar supeditado a la voluntad de la persona que lo precisa y que las medidas judiciales son subsidiarias. Así pues, antes de nombrar a un defensor judicial o a un curador, debe indagarse si los apoyos que necesita la persona con discapacidad se los puede proporcionar el guardador de hecho o si hay medidas de apoyo establecidas por la propia persona (poderes o mandatos preventivos o autocuratela). El artículo 255.5 CC advierte que «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

43. M. Paz GARCÍA RUBIO, «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica», p. 11. Insiste en ello con un estudio de derecho comparado M. Paz GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, año 2018, vol. v, núm. 3 (julio-septiembre), p. 32 o 53, y M. Paz GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 58 (2018), p. 164-165.

Así pues, cuando no sea posible determinar la voluntad, los deseos o las preferencias de la persona con discapacidad, no se seguirá el criterio del «interés superior», sino el extraído de la mejor interpretación de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, teniendo en cuenta «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249.3 CC).

En la misma línea, Pau Pedrón⁴⁴ señala que

[...] la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo —«en interés de las personas con discapacidad»—, sino de un modo subjetivo —«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona»—. Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo detrás de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». [...] la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba. Y es más: cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad exprese, efectivamente, su «voluntad, deseos y preferencias».

A raíz de estos planteamientos ha surgido la LRAPD. La doctrina reaccionó para plantear una reforma del sistema tuitivo que utilice instrumentos de protección sin necesidad de recurrir a la incapacitación, al igual que ya ocurre en otros países.⁴⁵

44. A. PAU PEDRÓN, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, año 2018, vol. v, núm. 3 (julio-septiembre), p. 8 y 9. Véanse también las acertadas reflexiones de E. ARROYO AMAYUELAS, «El deterioro cognitivo de la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45 (2019), p. 132 y sig.

45. Para un estudio más detallado de derecho comparado puede consultarse el número monográfico sobre el tema de la *Revista de Derecho Civil*, año 2018, vol. v, núm. 3. También lo tratan, entre otros, M. PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad»; J. RIBOT IGUALADA, «L'assistència: abast i límits de la nova institució», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 49 y sig.; I. VIVAS TESÓN, «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar», *Revista de Derecho Privado*, año 2012, vol. 96, núm. 5, p. 3 y sig.; I. VIVAS TESÓN, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Olivenza (Badajoz), Futuex: Fundación para la Promoción y Apoyo de las Personas con Discapacidad, 2012, disponible en línea en <www.aequitas.org> (consulta: 26 julio 2021);

Las opciones internacionales pasan por reformar completamente el modelo de protección prescindiendo de la incapacitación (es la propuesta española), o por mantenerlo complementado con figuras que actúen como alternativa pero que se limiten a realizar una labor de asistencia, y no tanto de representación. Destacan, entre otras, las reformas de Alemania,⁴⁶ Francia,⁴⁷ Italia⁴⁸ y Quebec.⁴⁹

Este nuevo enfoque afecta a las personas de edad avanzada con discapacidad con hijos con dificultades para visitarles. Ahora el foco de atención se centra en la misma persona discapacitada. En la medida de lo posible será crucial contar con su voluntad, deseo y preferencias a la hora de entablar relaciones personales con sus hijos. Y en cuanto no pueda debido a su enfermedad, deberá acudir a medidas de apoyo, medidas que quizás ella misma haya previsto en poderes o mandatos preventivos o en una autocuratela, o puede tratarse de medidas de apoyo formales. Adquiere una relevancia especial la guarda de hecho, medida informal que ya no tiene carácter provisional y que se tenderá a mantener si se considera que es adecuada para la persona con discapacidad.

En todo caso, el nuevo artículo 249 CC señala:

Las personas que presten este apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la

C. LASARTE ÁLVAREZ, «Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril», en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1325-1326; E. RUBIO TORRANO, «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La convención de Nueva York», *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 2 (2009), p. 2115-2118.

46. M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, núm. 21 (mayo 1999), p. 553 y sig.

47. Es destacable la «habilitation familiale» (art. 491-1 y sig. Código civil francés). I. GALLEGU DOMÍNGUEZ, «La protección de las personas mayores en el derecho civil francés», en J. GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, t. 1, Cizur Menor, Aranzadi Thomson, 2008, p. 515 y sig.; M. D. CASAS PLANES, «Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial», p. 485 y sig.; Fernando CRESPO ALLUÉ, «Las instituciones protectoras de los incapacitados en el derecho francés», *Revista de Derecho Privado*, año 1986, núm. 3, p. 204.

48. P. de BARRÓN ARNICHES, «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 4 (2013), p. 1606 y sig. En Italia se ha instaurado una figura denominada «amministratore di sostegno» —que podemos traducir como ‘administrador de apoyo’— por la Ley 6, de 9 de enero de 2004, que ha recibido el refrendo de su constitucionalidad por la Sentencia de la Corte Costituzionale de 9 de diciembre de 2005.

49. El Código civil aprobado en 1991 admite como régimen de protección que pueda nombrarse un tutor o un curador para representar al mayor discapacitado, o un «conseiller» para asistirle (art. 258). Este se nombrará judicialmente para aquel que, si bien tiene aptitud generalmente para actuar y administrar sus bienes por sí solo, necesita para ciertos actos, o en ciertos momentos, ser «asistido» o «conseillé» en la administración de sus bienes (art. 291 y sig.).

persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Hasta ahora, pocas sentencias han tenido en cuenta esa voluntad y deseos de las personas con discapacidad a la hora de relacionarse con sus hijos. Valga como ejemplo la SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 2017 (JUR/2018/27838), la cual afirma que, a pesar de existir informes médicos que vienen a reflejar un rechazo de la madre con discapacidad a comunicarse con su hija, «no obstante esta cuestión, teniendo en cuenta la propia limitación de sus facultades no puede servir de base para cercenar el derecho-deber de comunicación con su madre». Será difícil mantener un razonamiento de este tipo con la nueva regulación de la LRAPD. En otras ocasiones, sin embargo, ha habido intentos de descubrir la voluntad de la persona con discapacidad (SAP de La Coruña de 18 de junio de 2013; JUR/2013/245997), pues a la hora de nombrar un tutor para una madre con alzhéimer en estado grave, siguiendo el criterio del artículo 234 CC, se advierte que

[...] el grado de incapacidad es elevado y no hay persona designada por la incapaz ni se puede valorar preferencia alguna de su parte, dados sus importantes déficits intelectivos y de comunicación, sin que valgan suposiciones (incluso aquí habría discrepancias entre los «traductores» o «facilitadores» de los supuestos deseos de la madre).

Tenemos que pasar de un sistema de *asignación* por parte de terceros de un régimen de relaciones personales, a un sistema de *preferencia* de la persona discapacitada.

3.2. LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

La LRAPD repercutirá de alguna manera en la normativa autonómica. Hay comunidades que, al no tener una regulación de la capacidad ni de las instituciones de guarda, aplicarán directamente la nueva LRAPD (es el caso del País Vasco, Galicia, Baleares o Valencia). A pesar de ello, deberán revisarse las normas en las que se haga

referencia a temas de capacidad de obrar teniendo en cuenta que ahora las personas con discapacidad son plenamente capaces. En Navarra, la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del derecho civil foral de Navarra o Fuero nuevo, actualizó el Fuero nuevo, pero en materia de capacidad en su preámbulo se advierte que habrá una futura Ley foral de la capacidad y medidas de apoyo a las personas (ya se está trabajando en ello), que regulará de manera completa la capacidad y completará todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente. Se prefirió esperar a la aprobación de la LRPD, que en 2019 estaba en fase de elaboración. En Aragón, el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del derecho foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, sí contiene una regulación de la capacidad y las relaciones tutelares (art. 34 y sig. y 100 y sig.) siguiendo el CC, por lo que necesitará adaptarse a la Convención, pues, aunque a nivel competencial la reforma estatal no le afecta, el hecho de que la reforma «se proyecte no solo sobre el núcleo de la materia (capacidad e instituciones de protección), sino que se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado», puede condicionar al legislador aragonés al generarse problemas de armonización.⁵⁰ Cataluña tiene más avanzada la adaptación a la Convención de Nueva York y cabe resaltar que ya cuenta en su ordenamiento con figuras acordes con la Convención, como, por ejemplo, la asistencia.

3.2.1. *La figura del asistente en Cataluña*

La normativa catalana no es ajena a la Convención de Nueva York. No obstante, el CCCat no regula la modificación de la capacidad de obrar. Esto supone la aplicación de la legislación del CC respecto al procedimiento de declaración de incapacitación. Sin embargo, a pesar de mantener las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la modificación judicial de la capacidad, regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen suyo.⁵¹ Además de los poderes preventivos,

50. M. V. MAYOR DEL HOYO, «La incidencia de la reforma estatal del derecho civil en materia de discapacidad en los derechos civiles territoriales (1)», *Diario La Ley*, núm. 9859 (27 de mayo), p. 6 y sig.

51. E. ARROYO AMAYUELAS, «Comentari a l'article 226-1 CCCat», en J. EGEA FERNÁNDEZ Y J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: La persona i les institucions de protecció de la persona*, Barcelona, Atelier, 2017, p. 468 y sig., advierte que la asistencia es una institución de protección de los adultos que lo necesitan por tener déficit de autogobierno y refleja también las críticas que ha sufrido la institución.

El preámbulo de la Ley 25/2010 afirma que la asistencia es concebida «como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo no son posibles ni tan solo aconsejables».

el derecho catalán regula la asistencia (art. 226-1 a 226-7 CCCat), que pretende dar respuesta a situaciones en las que la disminución de la persona no aconseja iniciar un procedimiento de modificación judicial de la capacidad.⁵² Es una figura que encaja perfectamente en el nuevo esquema diseñado por la Convención de Nueva York, pues nos recuerda las medidas de apoyo que exige la Convención, aunque quizás sería oportuno perfilar un poco más sus características y fines. Es útil para personas mayores con un deterioro físico importante y con alteraciones cognoscitivas derivadas del alzhéimer, la demencia senil y otras enfermedades degenerativas que no se hallen en fase avanzada.⁵³

La asistencia es una institución compatible con el mantenimiento del régimen de la incapacitación / tutela-curatela, cuando ha sido preciso según las necesidades de la persona con discapacidad.⁵⁴ Se trata de un complemento a la restricción judicial de la capacidad, y no de una alternativa o un cambio o sustitución de una institución por otra.⁵⁵ Los posibles destinatarios de la figura del asistente son las personas mayores de edad que necesitan ayuda para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. No se vincula a los supuestos de falta de capacidad, sino que se trata de un instrumento que sirve

52. M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Judith SOLÉ RESINA, *Lliçons de dret civil català 11: Dret de la persona*, 2a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 108.

Nos señala M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA, «El nuevo modelo de la discapacidad. La convención de los derechos de las personas con discapacidad», en M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, 2020, p. 29, que «a raíz de la aprobación del libro II en 2010, se produjo cierta aproximación a los mandatos de la Convención, en algunos extremos: así, la regulación de la institución de la asistencia (arts. 226-1 a 226-7 CCCat), o el poder preventivo en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad (arts. 222-2 CCCat), e incluso la institución del patrimonio protegido, la delación de la tutela por la misma persona (conocida como autotutela, art. 222-4 CCCat), que ya regulaba el Codi de família (art. 172 CF), o los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad (art. 227-1 a 227-9 CCCat)», aunque las considera, pese a su importancia, insuficientes.

53. A. VAQUER ALOY, *Derecho civil de Cataluña*, p. 546. Añade la utilidad de la figura para personas con impedimentos intelectuales (retrasos mentales no severos o analfabetismo) o personas con discapacidades físicas (parálisis o tetraplejias). El autor pone en evidencia que con esta figura existe una acumulación de cargos de protección de la persona en derecho catalán.

54. M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Judith SOLÉ RESINA, *Lliçons de dret civil català 11*, p. 74, afirman que la asistencia tiene el mismo objetivo que la incapacitación.

55. J. RIBOT IGUALADA, «L'assistència: abast i límits de la nova institució», p. 69 y 70; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 226-1 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 412. Se recomienda A. I. BERROCAL LANZAROT, «Les institucions de protecció de la persona en el Codi civil de Catalunya, en especial l'assistència», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 12 (2011-2012), p. 57-136, y J. A. MARTÍN PÉREZ, «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo derecho de personas en Cataluña», en R. BARRADA, M. GARRIDO y S. NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo de Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 157 y sig.

para proteger a la persona en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. «Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables, pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela, resultan desproporcionadas.»⁵⁶ Sus funciones se concretan en la resolución judicial y pueden afectar tanto al ámbito personal como al patrimonial.⁵⁷

Se seguirá un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento del asistente teniendo presente la voluntad de la persona asistida en cuanto al nombramiento o la exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia (art. 226-1 CCCat). Es el propio interesado⁵⁸ el que puede solicitar el nombramiento de un asistente. En cuanto a la persona que puede ser nombrada asistente, Rivero Hernández afirma:

[...] no es aplicable a la asistencia el orden de delación judicial del artículo 222-10.2 CCCat, pues las funciones del tutor son más amplias que las del asistente, por lo que el juez tendrá más libertad en la elección de la persona y la designación del asistente, atendiendo a las necesidades personales del asistido (situación, limitaciones y necesidades, parientes y personas próximas de su confianza, complejidad de sus asuntos), lo que no impedirá la aplicación, como criterio razonable más que por analogía, de lo dispuesto en los apartados 3, 4 y 5 del art. 222-10 CCCat.⁵⁹

En el tema que nos interesa de las relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores, si estos dispusieran de asistente sería este quien debería apoyarles en la decisión, respetando plenamente su voluntad y sus opiniones personales. Sin embargo, a día de hoy, con la legislación catalana vigente es posible que el progenitor mayor de edad esté incapacitado y sometido a tutela o curatela, por lo que habrá que

56. Preámbulo de la Ley 25/2010, libro II, CCCat.

57. En el ámbito personal debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opiniones personales, y recibirá las informaciones y prestará el consentimiento a las que alude el artículo 212-1 y 2 CCCat, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado documentos de voluntades anticipadas. Respecto al ámbito patrimonial, «el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma» (art. 226-2 CCCat).

58. El artículo 226-1 CCCat exige mayoría de edad para poder solicitar un asistente; sin embargo, J. RIBOT IGUALADA, «L'assistència: abast i límits de la nova institució», p. 73, defiende que un emancipado pueda solicitar un asistente, pues como regla general se le trata como mayor de edad (art. 211-7 CCCat).

59. F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 226-1 CCCat», en E. ROCA TRIAS y P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, p. 417.

estar a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación. También es posible que esté bajo una guarda de hecho (lo más habitual), y las posibles influencias de este guardador para obstaculizar las visitas serán evidentes. En estos casos será precisa la decisión judicial.

3.2.2. *Un acercamiento a la reforma en materia de discapacidad en Cataluña*

Dado que en Cataluña se aplica el procedimiento de declaración de incapacitación del ordenamiento español, ahora modificado por la LRAPD, la dificultad será encajar ambos ordenamientos jurídicos (la LRAPD, que afecta no solo al CC, sino también a la normativa procesal y a la normativa vigente del CCCat) mientras no entre en vigor la reforma del libro segundo del CCCat en esta materia. Puede ser útil la advertencia de Arroyo Amayuelas de que las funciones del asistente (art. 226-2 CCCat) podrían suponer la forma de evitar la aplicación de la incapacitación en Cataluña (o la nueva normativa tras la reforma de la LRAPD), pues la protección de la persona sometida a un asistente es la misma que tendría si estuviera sometida a tutela o curatela, con la ventaja de no tener que interferir en su capacidad de obrar.⁶⁰

Actualmente, en Cataluña la Comisión de Codificación Civil, en concreto «la Sección de Persona y Familia», está trabajando los medios y sistemas de apoyo que han de sustituir a las clásicas (paternalistas) instituciones de protección de la persona (título II del libro segundo).⁶¹ Parten de una regulación integral que comportará el ajuste completo a los principios prescritos en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, lo que supone abarcar tanto la vertiente personal como la patrimonial. Además, se pretende *empoderar* a la persona con el objetivo de potenciar su voluntad. «La finalidad buscada es crear unos apoyos que sean auténticos instrumentos de inclusión social de la persona.»⁶²

60. E. ARROYO AMAYUELAS, «Comentario al artículo 226-1 CCCat», p. 470.

61. En la memoria preliminar del Anteproyecto de actualización del CCCat aprobada el 16 de julio de 2019 ya se anunciaba en el anexo, letra *b*, la necesidad de incorporar el principio de capacidad jurídica de todas las personas, y la opción normativa preferida es la de incluir y modificar algunos artículos del CCCat para adaptarlo a la Convención. Las alternativas comportaban: regular de manera expresa la capacidad jurídica y hacer extensivos los derechos y las obligaciones a todas las personas, excepto que la ley lo limite, asegurar el ejercicio de derechos de todas las personas y prever la posibilidad de adoptar medidas de asistencia o de apoyo para las personas que no puedan ejercer los derechos de forma individual (disponible en línea en: <https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/856/190716_AG_mem_prel_actua-lit_CCC_diligencia_00000002_.pdf>; consulta: 20 junio 2021).

62. M. del Carmen GETE-ALONSO CALERA, «El nuevo modelo de la discapacidad», p. 29 y 31. La autora anuncia que los apoyos se configuran con carácter integral e implican la priorización de la intervención del grupo o grupos sociales próximos a la persona discapacitada (las familias, el entorno), de forma

Se han presentado las «[b]ases de la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica».⁶³ En el apartado tercero de la exposición de motivos se advierte:

[...] un cop aprovades les bases, aquestes es desenvoluparan en forma de text articulat que substituirà la normativa actual, en particular la part del Codi civil de Catalunya relativa a les institucions de protecció de persones majors d'edat. Aquesta nova normativa serà un avantprojecte de llei de reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.

Su objetivo es diseñar unas primeras ideas para un debate social previo a la elaboración del anteproyecto de ley de reforma del CCCat (básicamente, capítulos I y II del título I del libro segundo del CCCat).

Si observamos estas bases, nos percataremos del ostracismo de la terminología anterior. En ningún momento se hace referencia al tutor, curador o guardador de hecho, y sí al asistente. Se incorporan nuevos términos o expresiones: «persona concernida», «mesures d'accessibilitat universal», «suports formals» o «informals», «salvaguardes», etcétera. Y, junto a ello, una nueva forma de enfocar y entender la discapacidad.⁶⁴ A petición de la propia persona o de otra persona en su interés, se pueden

que la intervención judicial será subsidiaria: «Así se procurará, o al menos esa es la intención, despojar al sistema de las instituciones clásicas o históricas (tutela-curatela), que se fundan en el modelo paternalista de protección». Un resumen de la actividad catalana puede verse en J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 70 y sig. También se refiere a ello M. V. MAYOR DEL HOYO, «La incidencia de la reforma estatal del derecho civil», p. 10-12.

63. De fecha 4 de mayo de 2020. Pueden consultarse en: <https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf> (consulta: 20 junio 2021).

Como se advierte en la exposición de motivos (II) de dichas bases:

La Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya ja ha avançat un esborrany d'avantprojecte de llei que, a més d'altres mesures, preveu l'adaptació del capítols I i II del títol I del llibre segon del Codi civil de Catalunya, per tal d'incorporar explícitament en l'article 211-1 el dret a la capacitat jurídica en condicions d'igualtat. En el nou article 211-3, a més, es declara que totes les persones poden exercitar per si mateixes els seus drets civils amb les mesures establertes per la llei en el seu benefici, d'acord amb la seva capacitat natural. Com a conseqüència, s'hi preveu que, a petició de la pròpia persona o d'una altra persona en el seu interès, es poden adoptar mesures d'assistència o de suport, per tal de garantir l'exercici dels drets en situacions personals en què sigui convenient. En tot cas, les mesures han de ser conformes a la dignitat, respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, ser temporals i s'han d'interpretar de manera restrictiva, atenent la capacitat natural.

64. Para un análisis de las mismas, véase J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 65 y sig.

adoptar medidas de asistencia o apoyo para garantizar el ejercicio de los derechos en situaciones personales en las que sea conveniente.

Cabe señalar, sin embargo, que actualmente se está elaborando un texto nuevo para dar respuesta a la abolición de la incapacidad y a su impacto sobre las instituciones catalanas de protección. Texto que no olvida las bases, aunque es un texto nuevo con los trabajos existentes en curso.⁶⁵ Por tanto, las afirmaciones que se hacen en este trabajo, teniendo presentes las bases, corren el riesgo de estar desfasadas según lo que se determine en la reforma definitiva.

4. POSIBLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

La reforma de la discapacidad por la LRAPD no refleja el régimen de relaciones personales de los hijos respecto a sus progenitores de edad avanzada con discapacidad, ni tampoco se prevé en la legislación catalana. A continuación describiremos una posible solución al problema. El artículo 94 CC modificado por la LRAPD puede servirnos como punto de arranque para una aplicación analógica a nuestro supuesto. Como señala la SAP de La Coruña de 6 de junio de 2017 (JUR/2017/190219), no «hay ninguna prohibición u obstáculo legal que impida la aplicación del régimen de visitas previsto para procedimientos matrimoniales o de menores a los procesos de incapacidad cuando así lo exijan las circunstancias».

La ubicación legislativa de las relaciones personales entre hijos y progenitores mayores de edad con discapacidad podría establecerse en un nuevo apartado del artículo 160 CC, norma con un alcance amplio y que puede valer como principio general en materia de relaciones personales.⁶⁶ Y en el CCCat, en un nuevo apartado en el artículo 236-4.

El mensaje de fondo que el legislador debería transmitir a la sociedad es que debe evitarse que los enfrentamientos y las luchas familiares obstaculicen el marco de relaciones personales entre hijos y progenitores. Estamos ante un derecho recíproco y, teniendo en cuenta, además, que una de las partes sufre una discapacidad, deben primar su voluntad, deseos y preferencias, sin olvidar el derecho de los hijos a relacionarse y a estar con sus progenitores en etapas avanzadas de la vida de estos.

65. Agradezco la amabilidad del profesor Jordi Ribot al informarme del proceso de reforma.

66. J. EGEA FERNÁNDEZ, «El dret a les relacions personals entre avis i néts», p. 1236.

4.1. ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE HIJOS Y SUS PADRES CON DISCAPACIDAD

4.1.1. *Según la legislación del Código civil español*

Si el progenitor es una persona de edad avanzada con discapacidad que no necesita apoyos para decidir (puede ser el caso de personas que sufren severas limitaciones físicas, pero no intelectuales) o no quiere disponer de apoyos, hay que respetar su voluntad, deseos y preferencias para pactar un régimen de visitas con sus hijos.

Ahora bien, es posible que el progenitor con discapacidad precise de un apoyo para tomar la decisión. En este caso, el artículo 249.2 CC establece que las personas que presten medidas de apoyo (formales o no formales)

[...] deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Y añade incluso en el apartado tercero:

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Por tanto, hay que indagar los deseos de la persona con discapacidad, propiciar y respetar su voluntad, sin someterla a presiones.

El problema será cuando el progenitor tenga un curador con medidas representativas que se niegue a dichas relaciones personales. En estos casos existe un conflicto de intereses. Por tanto, si no puede determinarse cuál es la voluntad del progenitor con discapacidad a través de los medios de apoyo y no hay acuerdo tampoco con los hijos respecto al régimen de visitas, sino conflicto de intereses entre ellos, deberá acudir a la autoridad judicial. Podrá resolver el mismo juez atendiendo a las circunstancias o podrá nombrar a un defensor judicial (art. 295.1.2 CC).

En todo caso, será preciso que el juez escuche a la persona con discapacidad, al ministerio fiscal, a los solicitantes y a las personas que se opongan a las relaciones

personales. Cuando es el juez el que toma la decisión, observamos que él es un apoyo en sentido amplio (como lo sería también el notario), distinto a las medidas de apoyo tipificadas en el artículo 250 CC. Esta «audiencia del progenitor discapaz» puede ir encauzada a que el juez tome conciencia de la situación de la persona con discapacidad y pueda determinar sus deseos y preferencias.⁶⁷ La función del ministerio fiscal debe ir orientada a la misma finalidad: determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad mayor de edad (art. 749 LEC). A veces no resultará fácil si no lo han conseguido las medidas de apoyo existentes, por lo que el juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias.⁶⁸

En todo caso, es preciso destacar que la autoridad judicial podría limitar o suspender el derecho de visitas si se dieran «circunstancias relevantes» que así lo aconsejaran o «se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».⁶⁹ Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Madrid de 13 de octubre de 2017 (JUR/2018/29930), que suspende el régimen de visitas establecido a favor de una hija respecto a su madre de ochenta y siete años con discapacidad, pues sus condiciones físicas ya no permitían su desplazamiento (la hija con la que no convive la madre tenía un régimen de visitas de fines de semana alternos desde los viernes a las 18 horas hasta los domingos a las 19 horas y los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano por mitades entre las dos hijas, y las recogidas y las entregas se realizaban en el domicilio donde aquella residía).

4.1.2. Según las bases para la reforma del Código civil de Cataluña

Según el ordenamiento jurídico catalán, en estos momentos es difícil establecer una propuesta, pues, como hemos indicado, está en curso una reforma sobre la materia de discapacidad. En todo caso, como se ha indicado, podría ser interesante que en el CCCat estas relaciones familiares se regularan en el artículo 236-4.

67. M. E. TORRES COSTA, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, BOE, 2020, p. 257 (Derecho Privado).

68. Podrá tener en cuenta o valorar los informes que considere pertinentes, el del ministerio fiscal, etc. La duda es si el juez puede acudir al interés superior de la persona con discapacidad para resolver este caso. Como se ha indicado *supra*, la LRAPD suprime cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad como herramienta para decidir sobre medidas de apoyo u otras cuestiones previstas en la ley. Pero para tomar decisiones en estos casos tan extremos en los que no hay alternativas para conocer la voluntad o los deseos de la persona con discapacidad, quizás sí pueda ser útil. En estos casos, llamémosle o no interés superior de la persona discapacitada, es evidente que el juez decidirá lo que considere que mejor puede beneficiar o ayudar a dicha persona.

69. Así lo establece el actual artículo 94 CC.

Podemos aventurar, teniendo en cuenta las bases de la reforma, que, respecto a las relaciones personales entre hijos y progenitores de edad avanzada con discapacidad, será imprescindible tener presentes la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que podrá disponer de apoyos siempre que lo necesite y lo desee (pues, según la base cuarta, puede negarse a recibir dicho apoyo). Este apoyo «[...] inclou el suport en la comunicació, en la consideració d'opcions, en la comprensió d'actes jurídics i la manifestació de la interpretació de la voluntat de la persona» (base 1a, 2o par.). Y si «malgrat haver fet l'esforç necessari, atès el cas concret no sigui possible conèixer la voluntat i les preferències de la persona, el suport que sigui adient es pot instar a través de l'autoritat judicial» (base 4a, 3r par.).

El protagonismo lo adquiere la voluntad de la persona y «quan les mesures d'accessibilitat universal i els ajustaments raonables no arribin a permetre l'expressió de la voluntat i les preferències d'una persona, escau oferir el suport escaient» (base 5a, 3r par.). Como nos señala Ribot Igualada, los procedimientos administrativos o judiciales dirigidos a ordenar alguna medida de apoyo deben ser el último recurso, es decir, «este tipo de apoyos se ofrecerán solo cuando los ajustes razonables y los apoyos del entorno no sean suficientes para ejercer la propia capacidad jurídica con seguridad».⁷⁰ Los apoyos, pues, serán, en principio, informales,⁷¹ formales⁷² y, en último extremo, judiciales.

Ahora bien, si quien debe prestar el apoyo realiza una influencia indebida sobre la persona con discapacidad o existe un conflicto de intereses, el segundo párrafo de la base 14a establece:

[...] mitjançant el procediment notarial, administratiu o judicial escaient la persona concernida ha de ser informada al més aviat possible d'aquesta circumstància i de les vies de què disposa per tal que, d'acord amb la seva voluntat i preferències, decideixi sobre aquest suport.

70. J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 78 y 79, donde expone que estos apoyos informales «abarcen diferentes situaciones en que se presta apoyo a la persona en la toma de decisiones y en el cuidado de sus asuntos, y se caracterizan por no contar con una legitimación conferida en un procedimiento formal, de carácter judicial o extrajudicial».

71. Apoyo familiar, redes de apoyo entre iguales, grupos de ayuda mutua, habilitación a favor de ciertos familiares para desplegar actos de gestión de los intereses de las personas que necesitan apoyo para la toma de decisiones, etc. (J. RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña», p. 79-80).

Curiosamente, en el ámbito rural se han usado herramientas para gestionar temas básicos del día a día de los vecinos necesitados de ayuda, como acudir al juez de paz, al sacerdote, al asistente social, que han asumido muchas veces este papel de «apoyo», pues se ha recurrido a ellos para buscar un consejo o ayuda para gestionar algunos de sus asuntos.

72. Base 7a. Son los establecidos por la persona concernida y «la designació es pot fer des que la persona requereix suport, en el qual cas rep el nom d'assistència, o per al futur, en el qual cas rep el nom de poder preventiu».

El problema es que, en nuestro tema, debería preverse una vía más rápida que huyera, a su vez, del inicio de este procedimiento. Aquí deberían adquirir plena eficacia los apoyos informales y deberían ser claves las salvaguardas o la supervisión de las actividades de los apoyos (base 15a), y si estas fracasan debería acudir a la vía judicial, como ha quedado expuesto en el apartado anterior. Resulta muy acertado el papel que otorgan las bases a la mediación familiar para los casos de eventuales desacuerdos (base 18a).

4.2. RÉGIMEN DE VISITAS DEL PROGENITOR CON DISCAPACIDAD CON HERMANOS, NIETOS, PARIENTES Y PERSONAS PRÓXIMAS O ALLEGADAS

Para terminar, haremos una pincelada respecto al supuesto siguiente: es posible que quien quiera solicitar un régimen de relaciones personales con el progenitor con discapacidad sea un hermano, nieto, pariente o persona próxima o allegada (art. 236-4 CCCat o 160.2 CC).⁷³

Respecto al CC, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto y se ha resistido a aplicar analógicamente el artículo 160.2 CC a los allegados de la persona con discapacidad. Ha considerado que el artículo 160 CC da cobertura a los derechos de visita y relaciones, en el ámbito de las rupturas matrimoniales, para con los menores y, respecto de sus parientes, los ha ampliado a los allegados, mientras que

[...] en el caso de autos se trata de la petición de un régimen de visitas por persona absolutamente ajena (en el ámbito familiar sobre el que se razona), que solo mantuvo con la incapaz relaciones laborales, quebradas por diversas incidencias y sobre cuya aplicación analógica se hace difícil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 del mismo Código civil, que exige como requisito básico para la aplicación analógica la identidad de razón, dudosa en este caso, cuando el precepto invocado refiere como elemento nuclear básico la regulación de un régimen de visitas para con los menores (sujeto del precepto) dentro de su ámbito familiar más

73. El derecho de relación entre el menor y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, se regula en el artículo 2.2c de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, que reconoce el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares. También se recoge en los artículos 90.1b, 94.2, 160.2 y 161 CC.

El artículo 160.2 CC tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que los artículos 90.1b y 94.2 CC, pues se refiere a cualquier supuesto en el que resulte conveniente establecer un régimen de relación entre el menor y los sujetos a los que menciona el precepto: J. MARTÍNEZ CALVO, «El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visita de sus progenitores», *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza), vol. 1, núm. 2 (diciembre 2019), p. 70.

ampliamente considerado, mientras que el caso de autos remite a una petición de régimen de visitas por persona ajena para con otra declarada incapaz, con nombramiento de tutor para su asistencia personal y familiar.

Creo que este supuesto podría haberse resuelto impidiendo las visitas y argumentando la decisión con las repercusiones negativas que generaban, sin necesidad de entrar en la aplicación analógica o no del artículo 160 CC. En cambio, en otras ocasiones la jurisprudencia se ha manifestado a favor del régimen de visitas solicitadas por los nietos respecto de su abuela con incapacidad, sin acudir al artículo 160 CC (SAP de La Coruña de 18 de junio de 2013; JUR/2013/245997).

Centrándonos en nuestro análisis, proponemos un régimen similar al estipulado en el párrafo sexto del artículo 94 CC respecto al régimen de visitas y comunicación del menor con sus abuelos, hermanos, parientes o allegados, según el cual:

Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.

En nuestro caso, cuando no sea posible conocer la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad (incluso con ayuda de apoyos), debería resolver la autoridad judicial. Para ello sería precisa la audiencia previa de los solicitantes de las relaciones personales, de las partes que se oponen, de la persona con discapacidad y del ministerio fiscal.

Cuando la persona con discapacidad no pueda ser oída ni pueda consentir por su estado de salud, la audiencia previa sobre las medidas de apoyo, si las hubiera, podría orientar al juez, pues el artículo 249.3 CC señala:

[...] en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de estas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Si, a pesar de ello, resulta difícil determinar los deseos de la persona con discapacidad, la autoridad judicial resolverá teniendo en cuenta las circunstancias, los

informes que considere pertinentes y la opinión del ministerio fiscal (art. 749 LEC), o podrá nombrar un defensor judicial a tal efecto.

En todo caso, una vez establecido el régimen de visitas, la autoridad judicial podrá limitar o suspender el derecho de visitas si se dan «circunstancias relevantes» que así lo aconsejen o «se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Respecto al derecho civil catalán, podría también establecerse una regla similar en un nuevo apartado cuarto del artículo 234-6 CCCat.⁷⁴ La persona con discapacidad debería contar también con las medidas de apoyo que fueran necesarias (y no las rechazara) para que pudiera tomar la decisión, y sería también precisa la audiencia previa de los solicitantes y del ministerio fiscal.

Si, a pesar de ello, resulta difícil determinar los deseos de la persona con discapacidad, la autoridad judicial, tras oír a todas las partes implicadas, resolverá teniendo en cuenta los informes que considere pertinentes, o podrá derivar el tema a la mediación familiar.

Lo habitual es que las relaciones personales con hermanos, nietos, parientes o allegados, así como con los hijos, de la persona con discapacidad, incrementen el bienestar de la persona con discapacidad. Pueden suponer su conexión con el exterior y pueden cubrir necesidades afectivas. Pensemos que se trata de personas de edad avanzada, por lo que tomar este tipo de medidas es por lo general favorable para todas las partes implicadas.

74. En Cataluña, el derecho de los menores a relacionarse con otros familiares o personas próximas está previsto en los artículos 233-1.1c, 233-2.2c, 233-4.1, 233-12, 236-4.2, 236-5.1 y 236-15.3 CCCat —además, el artículo 38.1 de la Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, también reconoce el derecho de los menores a relacionarse con otros parientes próximos y, especialmente, con los abuelos.

También se regula en la Ley 7/2015, del País Vasco, art. 5.2a.3, 5.11 y 11.2; en el Código foral de Aragón, art. 60, 75.2, 77.2b, 77.6 y 79.2a; en la Ley valenciana 5/2011, art. 1 y 4.2b, pero fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016/192), aunque recoge este derecho el artículo 22.4 de la Ley valenciana 12/2008, de protección integral de la infancia y la adolescencia; en la Ley 71 de la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del derecho civil foral de Navarra o Fuero nuevo, que dedica un apartado especial (13) a las visitas de los menores con otras personas.

DEROGADO, POR FIN, EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY HIPOTECARIA: ¿Y AHORA QUÉ?

Jesús-Julián Fuentes Martínez
Notario

«Tres palabras rectificadoras del legislador,
y bibliotecas enteras de derecho se convierten en basura.»

JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

«[...] el principio de seguridad jurídica, [...], no ampara la necesidad de preservar
indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico
dado en relación con derechos o situaciones determinadas.»

Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre

1. BREVE EXCURSUS HISTÓRICO

Hace ya bastantes años leí con verdadero interés un libro de Antonio Hernández Gil que agrupaba varios artículos, o ensayos, del autor bajo el título *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*.¹ El primero de los ensayos versaba, precisamente, sobre el sentido y el alcance de la cita que abre este artículo, y el ilustre civilista lo titulaba así: «El viejo anatema contra el saber de los juristas».

Vaya por delante que la frase de Von Kirchmann me parece del todo exagerada, pues siempre he creído que, en la dogmática alemana, quien realmente acertó fue el gran Ihering, quien, en un libro ya clásico, dejó muy claro que la lucha es el trabajo eterno del derecho: «Si es una verdad ganarás el pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho». Y a fe que la derogación del artículo 28 de la Ley hipotecaria (LH) ha costado, pues ha supuesto una no desdeñable lucha.

1. Pamplona, Civitas, 2016 (última edición) (Cuadernos Civitas). También recogido en Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, Madrid, Espasa Calpe, 1987.

He querido traer a colación estas dos reflexiones iniciales para poner de relieve que tal vez la derogación —ansiada derogación— del artículo 28 LH hace bueno —al menos por esta vez— el anatema al que aludía Hernández Gil, porque si un precepto ha hecho verter ríos de tinta en los últimos tiempos —y al final para nada—, ha sido el tan traído y llevado artículo 28 LH. Y la solución final pudiera haber sido otra, en caso de haberse optado por reducir drásticamente el periodo de dos años de suspensión de la fe pública registral, suavizándola para situarla en un ámbito más acorde con las necesidades actuales de la sociedad y con las posibilidades que hoy ofrecen la tecnología y la comunicación. Pero no adelantemos conclusiones.

En efecto, el 3 de septiembre de 2021 pasó a mejor vida (en tanto que fue derogado por el artículo 3.2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* [BOE] el 3 de junio) el precepto de la Ley hipotecaria que, con toda seguridad, ha levantado y provocado más polémica en los últimos tiempos. Dicho artículo 28 rezaba así:

Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.

Dicho esto, soy consciente de que el título de este trabajo llamará la atención, pero ha sido elegido deliberadamente, pues lo que principalmente me propongo abordar aquí no es, en modo alguno, la exégesis —realizada en su momento por cualificados juristas— en orden a determinar el alcance del precepto, sino clarificar la situación que, a mi juicio, se origina una vez operada la derogación de aquel (recordemos, desde el 3 de septiembre de 2021), respecto de inscripciones registrales anteriores a su vigencia en las que indebidamente —a mi juicio— se haya hecho constar tal suspensión de la fe pública registral.

Y cuando digo indebidamente, estoy adelantando mi postura y la conclusión final de este trabajo, que no es otra que la imperatividad de eliminar, en los libros del Registro, cualquier referencia al artículo derogado, cuya pretendida ultraactividad aun sería posible para algunos mientras no hubieran transcurrido dos años desde la muerte del causante cuyo óbito provocó un determinado asiento registral.

Pero antes de abordar a fondo la cuestión principal que se suscita en el título de este trabajo, es preciso llevar a cabo una doble tarea. La primera es una breve reseña del devenir histórico de un precepto que a día de hoy ha desaparecido, de forma radical y definitiva, de nuestro ordenamiento jurídico. La segunda es analizar las causas que suscitaron la gran polémica desatada en torno al precepto hoy derogado y que trascendió con mucho el ámbito jurídico, pues devino una cuestión que —se llegó a decir— afectaba al buen funcionamiento del mercado y a la solvencia económica de

muchas familias necesitadas de vender bienes inmuebles o de obtener créditos aportándolos en garantía. Pero avancemos en la exposición.

1.1. BREVE RESUMEN HISTÓRICO

Un breve resumen histórico pone de relieve cómo las finalidades que motivaron al legislador a introducir una norma como la hoy felizmente derogada, obedecieron a unas circunstancias históricas tiempo ha superadas por la propia evolución social y de las instituciones destinadas a proporcionar seguridad jurídica, hasta convertirla en absolutamente obsoleta y gravemente perturbadora para el tráfico jurídico.

Es perfectamente conocido que la primitiva Ley hipotecaria de 1861 no contemplaba —para estos casos— ningún tipo de limitación de la fe pública registral; limitación que fue introducida en virtud de la reforma operada por la Ley de 21 de diciembre de 1869. Por obra de esta reforma, el primer inciso del precepto derogado se introdujo como párrafo segundo del artículo 23 de la citada Ley, si bien el plazo que se tenía en cuenta —y se fijó— era el de cinco años a contar desde la fecha de la inscripción; la doctrina destaca, además, que la expresión que empleó entonces el legislador fue «no perjudicará a tercero», en lugar de la que posteriormente se adoptó de «no surtirán efecto en cuanto a tercero». La razón aducida por el legislador de 1869 para introducir el precepto pasaba por considerar la imposibilidad de probar legalmente que un testamento, que se presenta como título para verificar la inscripción, no estuviera destruido por otro posterior otorgado con cláusula derogatoria (cláusulas *ad cautelam* que ya en su día el Código civil común proscribió), o por haberlo revocado el testador; y que el derecho de los parientes de un finado, declarados sus herederos *ab intestato*, puede desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos.

Parémonos un momento y reflexionemos acerca de cuáles eran las preocupaciones del legislador decimonónico y cuán alejadas están de la realidad actual, social y jurídica, y de la seguridad que prestan el servicio y la función notarial, tanto en sucesiones testadas como intestadas, por lo que convendremos que casos como los que preocuparon al legislador del siglo XIX hoy no se dan; o se dan en casi inexistente proporción (yo, en casi treinta y seis años de ejercicio profesional, no me he encontrado con ninguno). Es preciso añadir que la excepción para el caso de las inscripciones a favor de herederos forzosos se introdujo en la Ley hipotecaria por la Ley de 17 de julio de 1877.

Como acertadamente pone de relieve el profesor Domínguez Luelmo en su Ley hipotecaria comentada,² esas dificultades a las que aludió el legislador en el preám-

2. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios a la Ley hipotecaria*, 3a ed., Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, p. 622 y sig.

bulo de la Ley de 1869 quedaron en parte superadas a través de un mecanismo que —remarco— ha demostrado con creces su eficacia a lo largo de su ya larga vida, el Registro General de Actos de Última Voluntad, creado por el Real decreto de 14 de noviembre de 1885. Así, la reforma de la Ley hipotecaria de 21 de abril de 1909 redujo de cinco a dos años el plazo de suspensión y, además, modificó la expresión «perjudicar a tercero» por la de «no surtir efecto en cuanto a tercero».

Llegamos, así, al antecedente más próximo, puesto que la versión final y definitivamente derogada del artículo 28 la proporciona la Ley de 30 de diciembre de 1944, que introduce una variación, sin duda de calado, respecto de la redacción del precepto entonces vigente: el *dies a quo* del cómputo de los dos años pasa a ser la fecha de la muerte del causante, en vez de la fecha de la inscripción. Y el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria, contiene una disposición transitoria, la séptima, con una redacción de la que más adelante extraeremos consecuencias para interpretar el alcance de la derogación operada recientemente. La citada disposición transitoria reza así:

La limitación de efectos de las inscripciones de herencia establecida en el artículo veintiocho sólo se computará en la forma establecida por el mismo en las inscripciones practicadas a partir del primero de julio de mil novecientos cuarenta y cinco. En las practicadas con anterioridad, dicha limitación se regirá por lo establecido en la legislación anterior.

1.2. LA PRÁCTICA JURÍDICA EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO

Detengámonos en la fecha antes reseñada, que marca la vigencia del texto refundido de la Ley hipotecaria hasta la reciente derogación del precepto, avancemos hasta el 3 de septiembre de 2021 y hagamos una reflexión acerca de lo que ha sido el devenir habitual de la práctica jurídica, en el ámbito inmobiliario, hasta fechas no muy alejadas en el tiempo: el artículo 28 de la Ley hipotecaria parece que no existía, aunque existía. Y me explicaré.

En efecto —resulta obvio—, conocíamos perfectamente el alcance del precepto en cuestión y así lo manifestábamos —yo por lo menos— a los otorgantes cuando nos encontrábamos ante una transmisión en la cual el transmitente —su adquisición *mortis causa*— se encontraba dentro del plazo de dos años citado; sin embargo, la situación no planteaba mayores problemas y yo, personalmente, no me he topado con ningún caso en el que se haya desistido de alguna operación por tal circunstancia, hubiera o no —dato este especialmente importante— financiación hipotecaria de por medio.

¿Por qué? Pues sencillamente porque, como acertadamente pone de relieve mi admirado compañero Ángel Serrano de Nicolás (y cito literalmente) en referencia al precepto derogado:³

No es ninguna carga o gravamen lo que resulta del art. 28 LH, ni puede colisionar con el art. 207 LH, ni necesita de nota marginal para su eficacia. Podría resumirse cuanto hasta aquí se ha dicho, y también lo que sigue, en que el art. 28 LH lo único que hace —como sus antecesores arts. 23 de las sucesivas reformas— es suspender la fe pública registral (lo único y podría decirse que no puede hacer más), y, por tanto, no otorga protección durante dos años, a los que adquieran o sean acreedores hipotecarios del heredero inscrito (pero que resulta ser únicamente heredero aparente), lo que no quiere decir que por haber adquirido o hipotecado en dicho plazo ya no van a quedar protegidos, sino que a lo más que puede pasar es que se impugne, aunque cierto que de triunfar con efectos radicales pues no se goza de la fe pública registral, y al adquirente se le cancelaría su inscripción; pero, a la vez, debe tenerse presente que únicamente podrán hacerlo el heredero real o sus causahabientes, y durante dicho plazo de dos años desde la muerte; por tanto, transcurrido el mismo —y salvo que se haya iniciado la impugnación y haya accedido al Registro en dicho plazo— quedarán ya definitivamente protegidos, al margen las acciones y responsabilidades que se puedan exigir heredero real y aparente; obviamente también es aplicable el art. 33 LH cuando sean otros los problemas de que pueda adolecer el título inscrito (singularmente falta de poder de disposición), pero esto sale del ámbito del art. 28 LH, que lo único que hace es excepcionar durante dos años, desde la muerte, la fe pública registral.

No es, pues, el art. 28 LH ninguna carga o gravamen que se tenga que publicitar de ninguna manera, ni que pueda considerarse como tal carga o gravamen a ningún efecto. No es sino una mera limitación temporal de efectos (que no de la facultad dispositiva), unido a que —en el caso del art. 28 LH— ni siquiera contempla, ni lo ha contemplado nunca la Ley Hipotecaria, ninguna nota marginal, a diferencia del art. 207 LH, ni puede, por otra parte, cancelarse acreditando nada, pues lo que se pudiera o no acreditar ya está acreditado, unido a que no hay forma de acreditar el hecho negativo de que no surja ninguna de las posibles situaciones que se intentan proteger [...].

3. «Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 1/2021, p. 51-92; edición electrónica en la web *Notarios y Registradores*, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

Y el problema es que, a partir de un determinado momento, comienza a aparecer, en algunas informaciones o notas registrales (subrayo lo de algunas porque en muchísimas, una gran mayoría, no se indica nada), la referencia al artículo 28 LH respecto de determinada adquisición, bien como carga propiamente dicha, bien denominándola de otra manera. Y aquí comenzó el gran debate, del que se hicieron eco tantas y tantas informaciones periodísticas, pues esa referencia paralizó no pocas transacciones y operaciones de financiación, originándose así el gran —y convulso— debate que ha terminado con la derogación lisa y llana del precepto.

1.3. POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY HIPOTECARIA A LA TITULARIDAD DOMINICAL

Como digo, la situación generada a raíz del reflejo, en las informaciones registrales —y en la forma que fuera—, de la posible aplicación del artículo 28 LH a la titularidad dominical que publicaba el Registro respecto de determinado disponente (transmitente, hipotecante...), originó que muchas transacciones inmobiliarias se vieran literalmente abajo y que la financiación se cerrara; no solo para aquellos adquirentes que imperiosamente necesitaban financiar la adquisición acudiendo al crédito hipotecario (existiendo esa situación especial respecto de la titularidad registral), sino también para quienes, simplemente, pretendían obtener financiación aportando en garantía un bien adquirido *mortis causa*.

Y la práctica nos mostró casos verdaderamente dramáticos, como uno que viví en persona en el que una heredera (no de un extraño) de cierta edad vio frustrada una venta al negar el banco la financiación al comprador (porque aparecía en la nota la limitación...). Y la pobre señora necesitaba vender con cierta urgencia simplemente para poder mejorar su calidad de vida, si bien la situación se pudo salvar (hasta que transcurrieran esos dos años...) formalizando un arrendamiento con opción de compra y anticipando el comprador una no desdeñable cantidad que permitió a la mujer —con la inestimable ayuda de un comprensivo comprador— salvar airosamente la situación. Como se puede comprender enseguida, los dos afectados (frustrados transmitente y adquirente) no entendían nada, y nada consideraban razonable ante una situación en la que yo no podía ofrecerles una explicación mínimamente razonable y justa. Terrible.

Y, como es de suponer, intentos doctrinales de restringir la aplicación de un precepto que se mostraba gravemente perturbador para el tráfico y completamente alejado de las necesidades de la práctica, de la economía y del valor constitucional de la seguridad jurídica, los hubo —y no pocos—. Ello, sin olvidar —como se destacaba con insistencia— que la propia terminología empleada por el precepto (ciertamente arcaica o en desuso respecto de la expresión «herederos forzosos») chocaba de manera evidente con determinadas regulaciones civiles forales especiales. Con dos legis-

laciones en especial, y me sirvo suavemente de la autoridad de mi compañero Ángel Serrano para explicarlo:⁴

EFFECTOS ESPECÍFICOS EN EL ÁMBITO CATALÁN Y NAVARRRO. Con el actual art. 465-2 CCCat más la evolución histórica de la legislación hipotecaria, que se ha reseñado *in extenso*, debe considerarse totalmente superada la discusión sobre si era o no aplicable el art. 28 LH en Cataluña, pues lo es íntegramente (incluso para el cónyuge viudo que no es heredero forzoso), dado que nada tiene que ver ni en cómo, ni con qué bienes se paga la legítima, sino que desde la reforma de 1944, se atiende al aspecto subjetivo, pues difícilmente no serán herederos forzosos y solo ellos los que alegan serlo, como no ofrece duda sobre el cónyuge, al que solo se le pueden anteponer los herederos forzosos, que tampoco existirá duda de quienes son, por lo que la suspensión de la fe pública registral, en esta legislación igualmente solo encuentra sentido para los herederos colaterales o extraños, y ello al margen de que exista más o menos cuidado en la legislación estatal al contemplar la existencia de legislación civil propia, lo que produce considerables dudas en su aplicación. Por ello, y como señala la, ya citada, RDGSJPF de 12 junio 2020, para un supuesto de derecho catalán, en que se entremezcla la naturaleza de la legítima, que es unánimemente reconocida como un mero derecho de crédito, y la aplicación en Cataluña del art. 28 LH, debe admitirse que: «Por lo tanto, al remitir dicho artículo [o sea, el art. 465-2.2 CCCat] a la regulación de la legislación hipotecaria, los bienes no estarían excluidos de la restitución hasta pasados los dos años de suspensión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria; transcurrido dicho plazo y consolidada la adquisición a favor del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conforme se ha dicho, sería de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 465-2». Poco más hay que decir, salvo que ya claramente consideraban al cónyuge entre los excepcionados de la suspensión de la fe pública registral, la STS 9 julio 1957, por incluir entre los herederos forzosos al cónyuge, por razón de la cuarta viudal catalana entonces vigente; y, aunque relativa a otra fase histórica, la STS 11 mayo 1909, que considera que solo se refiere a la cuota legal usufructuaria, lo que en la evolución posterior no es exacto, pues como he reiterado se atiende al aspecto subjetivo, no así se reciben los bienes por legítima o como de libre disposición del causante. Pues puede ofrecer pocas dudas si hay o no ascendientes o descendientes del causante, y ahora ya está antepuesto a los colaterales.

Para Navarra debe estarse a su Fuero Nuevo, en el que ya están específicamente protegidos en una forma concreta, por su legislación civil; por ello, resulta

4. En el citado trabajo. Deben tenerse muy en cuenta las observaciones del profesor Domínguez Luelmo en sus comentarios antes citados, que ponen de relieve la diferencia de redacción del art. 465-2 CCCat respecto de su antecedente, el art. 64 del Código de sucesiones.

un tanto superfluo el art. 28 LH, pues, incluso aunque no actúe la legislación hipotecaria, ya está protegido si el heredero aparente actuaba de buena fe, aunque éste deberá restituir lo obtenido [...].

1.4. LOS INTENTOS Y PROPUESTAS DE REFORMA

Los notarios abogamos siempre por una modificación radical, cuando no por la supresión del precepto; y citaré ahora las cualificadísimas opiniones de tres destacados compañeros, publicadas en *El Notario del Siglo XXI*.

a) Para Josep Maria Valls:⁵

Atendido el ínfimo número de testamentos ológrafos que se otorgan, la eficacia de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad y la realidad del conocimiento inmediato de la muerte de una persona y de la descendencia que ha tenido, propugno la derogación del artículo 28 LH, precepto que solo protege al negligente, siendo suficiente para el diligente la anotación preventiva del artículo 46 LH.

También se podría modificar el artículo 28 LH, con un nuevo texto en el que se redujera el plazo y se ampliase el ámbito subjetivo de la excepción. En cuanto al plazo, tres meses, que además es lo que tarda normalmente una herencia en quedar inscrita en el Registro de la Propiedad. Respecto a la excepción, que se incluyan, no los herederos forzosos o legitimarios, sino a los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Incluso le cambiaría el sentido del precepto para no violentar ningún principio hipotecario y olvidar ya esa anomalía que constituye el artículo 28 LH y que podría decir: «hasta transcurridos tres meses desde la muerte del causante no podrán acceder al Registro las adquisiciones hereditarias en favor de personas que no sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

b) Para Carlos Pérez Ramos:⁶

Pues bien, los casos de debilidad del título sucesorio son posibles, sobre todo en los llamamientos a la sucesión intestada de colaterales, pero ciertamente son rarísimos hasta el punto de que si en un buscador de jurisprudencia se intro-

5. «Artículo 28 de la Ley Hipotecaria. Una anomalía anacrónica a revisar», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 96 (enero-abril 2021).

6. «Pretendiendo explicar una posible reforma del artículo 28 de la Ley Hipotecaria», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 96 (enero-abril 2021).

duce el término «artículo 28 de la Ley Hipotecaria», únicamente aparecen tres resultados (lo aplican dos Resoluciones, la citada y la de 4 de septiembre de 2019, y una sentencia del TS de 9 de julio de 1957).

No se puede obviar que cuando se introdujo el artículo 28 en la Ley Hipotecaria, no existía el Registro General de Actos de Última Voluntad, y actualmente la posibilidad de hijos desconocidos que no hayan reclamado sus derechos son excepcionales, y en las declaraciones de herederos de colaterales es frecuente que el notario publique anuncios en el BOE, que es accesible por internet desde cualquier lugar del mundo.

En fin, no parece que el título sucesorio sea tan inseguro como mencionó la Resolución de 12 de junio de 2020 por lo que en mi opinión estaría justificada la supresión del artículo 28 LH, puesto que la razón que motivó su creación se ha ido diluyendo en el tiempo. Es verdad que puede aparecer un heredero real, que incluso puede ser un legitimario, pero su interés, por muy respetable que sea, no lo es más que el del verdadero dueño en la venta de cosa ajena y no por ello se evita la aplicación del artículo 34 LH. Una solución intermedia consistiría en reducir el plazo de suspensión de la fe pública de dos años a uno; de esta forma se estaría cerrando el paso a inexactitudes del Registro, dando al heredero real un plazo breve pero tampoco cortísimo para reaccionar, y no se paralizaría el tráfico durante mucho tiempo.

Finalmente, lo que no me parece admisible mientras el precepto no sea suprimido es la postura que adoptan algunos registradores de la propiedad de no incluir la referencia al artículo 28 LH en la nota simple informativa registral. Para justificarlo se aduce que la Ley Hipotecaria no exige su mención, a diferencia del artículo 207 LH, y que sobre todo se trata de un límite legal, argumento que devalúa profundamente la publicidad registral y que dudo que judicialmente ante una reclamación de daños y perjuicios pueda tener algún recorrido: ¿de verdad que al comprador que se fió que en la nota simple se decía que la finca se vendía libre de cargas y que pertenecía al vendedor, y que fue al notario, inscribió su compra y pagó TPO, y los honorarios de uno y otro, se le puede decir cuando aparezca el heredero real que sin más debe perder su dominio aunque nada decía la nota porque era un límite legal? ¿Acaso no dirá que entonces para qué sirve el Registro, si no se puede fiar de lo que en él se publica?

c) Y para Alfonso Madridejos:⁷

En definitiva, el artículo 28 LH, intentando solucionar un problema que muy rara vez se da, complica sobremedida la sucesión de colaterales y extraños,

7. «¿Nadie va a derogar nunca el artículo 28 de la Ley Hipotecaria?», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 96 (enero-abril 2021).

dificulta el tráfico jurídico y, muchas veces, obliga a mantener vacía una vivienda durante dos años de forma injustificada y antieconómica, por lo que su subsistencia no puede explicarse más que por la desidia del legislador.

Según noticias de última hora, a propuesta del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) se ha introducido una enmienda en el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, aprobado en el Congreso y ahora en tramitación en el Senado, por la que se da al artículo 28 LH la siguiente redacción: Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos, así como las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por título de sucesiones sujetas a Derechos civiles forales o especiales.

La justificación de la enmienda era evitar los efectos perjudiciales que el artículo 28 LH proyecta sobre los derechos civiles territoriales en los que la configuración de la legítima no es una parte de los bienes de la herencia, sino una parte del valor de los mismos, que puede ser libremente atribuido por el testador. Sin embargo, lo cierto es que el texto propuesto no hace diferencias entre los diversos derechos civiles forales y, de hecho, la aplicación del artículo 28 LH ya había sido excluida por la DGSJFP en las sucesiones regidas por una ley foral en la que la legítima se configura como *pars valoris*. En todo caso, si el texto llega a aprobarse definitivamente se estaría suprimiendo la limitación de la fe pública del artículo 28 LH en todas las sucesiones sujetas al derecho foral, con independencia de cuál sea la configuración de la legítima en cada territorio foral, pero, inexplicablemente, se mantendría la limitación, con toda su problemática, en todas las sucesiones sujetas a la legislación civil común, lo que supondría desaprovechar una gran oportunidad de suprimir, con carácter general y para todos los ciudadanos, una norma perturbadora y, hoy en día, carente de fundamento. Sería deseable que en lo que queda de tramitación parlamentaria se pueda reflexionar sobre la conveniencia de una reforma mucho más lógica y radical: la supresión pura y dura, en toda España, del artículo 28 LH.

1.5. DOS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Hay dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) (antes Dirección General de los Registros y del Notariado [DGRN]) que se enfrentan con el citado precepto —entonces vigente— y que tal vez debieron

discurrir por otros derroteros, muy especialmente la segunda, a la vista de las especialidades del derecho civil catalán.⁸

1.5.1. *Solicitud de cancelación de la limitación del artículo 28 de la Ley hipotecaria practicada en una herencia cuyo causante es inglés*

En respuesta al recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Estepona núm. 1, la Resolución de 4 de septiembre de 2019 de la DGRN acuerda denegar la práctica de la cancelación en relación con la limitación temporal del artículo 28 de la Ley hipotecaria y su *ratio* fundamental se basa en dos ideas básicas: la aplicación de la ley extranjera a la sucesión *mortis causa* no solo es compatible con el artículo 28 LH, sino que refuerza su objetivo y finalidad; practicado un asiento, este se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales.

El supuesto contemplado consiste en la presentación en el Registro de la Propiedad de una escritura de venta de una finca adquirida por herencia, abierta la sucesión con posterioridad al 17 de agosto de 2015, debidamente inscrita, y en la solicitud incidental de la cancelación de la limitación de efectos de la fe pública registral del artícu-

8. Es de indudable autoridad la opinión del registrador Antonio Cumella en el blog *Conflegal* el 25 de enero de 2021:

En todo caso, la inaplicación e inviabilidad del artículo 28 de la LH en el ordenamiento sucesorio catalán responde a varias razones:

Primera: contradice los precedentes históricos que rigen en Cataluña las relaciones entre el heredero real y el heredero aparente. El origen directo de la regulación en Cataluña se halla en el Senado-consulta Juvenciano (escuela proculeyana), conforme al cual quedaba vedada toda reivindicación o reclamación frente al adquirente del heredero aparente, con independencia de que la transmisión realizada por éste se hubiese formalizado o no en los dos años siguientes a la muerte del causante. Y esta irreivindicabilidad fue la que recogió el artículo 275 de la Compilación y posteriormente pasó al artículo 64 del Código de sucesiones con idéntica redacción. Sin embargo, el actual número 2 del artículo 465-2 CCC, a diferencia de sus precedentes, excluye de la restitución a «los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria», lo que dio pie a pensar que el legislador catalán optaba por el reconocimiento de la aplicabilidad del artículo 28 de la Ley hipotecaria en Cataluña, idea ésta que viene además avalada por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de junio de 2020.

Segunda: el legitimario catalán es titular de un derecho de crédito frente al heredero que por tal razón no debe limitar la disponibilidad de los bienes que integran el caudal relicto. La titularidad de ese crédito hereditario por parte del legitimario debe protegerse por el ordenamiento jurídico en la misma forma y bajo idénticos parámetros que la de cualquier acreedor. Lo que resulta contraproducente es, por mor de la aplicación del artículo 28 LH, restringir o limitar la disponibilidad de los bienes hereditarios, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones la obtención del dinero preciso para satisfacer la legítima se obtiene con la propia enajenación o gravamen de dichos bienes.

lo 28 LH a dos años desde la muerte del causante, por estar sujeta la sucesión al derecho inglés, donde no existen las legítimas.

El registrador inscribe la transmisión, pero suspende la cancelación solicitada, pues el sistema registral y sus efectos se rigen por la ley española, con independencia de la legislación aplicable al negocio que pretende acceder al Registro buscando amparo en los especiales efectos tuitivos que derivan de la inscripción.

Contra la nota anterior, el notario autorizante interpone un recurso en el que, entre otras consideraciones, expone:

La aplicación del precepto de forma generalizada a ciudadanos sujetos a legislaciones de clara inspiración anglosajona, sin limitación alguna en las facultades dispositivas *mortis causa*, supondría una clara desvirtualización del mismo y su aplicación más allá de su letra y espíritu. En países donde no hay legítimas, ¿qué razón de ser tendría la protección del heredero real, que por esencia no existe? En el mismo sentido, la aplicación del precepto de forma indiscriminada, conllevaría hacer obsoleto y contradictorio el propio artículo; en casos de inexistencia de legítima, la protección del heredero real (inexistente) por vía del art. 28 LH, no podría tener más fundamento que la teórica aparición de algún otro título sucesorio, y esto puede ocurrir haya o no herederos forzosos, pero para estos, el precepto se declara expresamente excepcionado. ¿No estamos extralimitando el precepto?... En legislaciones donde solo hay herederos voluntarios, el precepto estaría descontextualizado, realizaría la protección de unos derechos sucesorios que ningún precepto del ordenamiento en cuestión contempla y en favor de unos «herederos reales» que por definición no existen.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación registral en base a:

— Ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones de la UE: el artículo 1.2^l del Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio, excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «[...] cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo». Por tanto, los efectos de la inscripción se regirán por el derecho español.

— Respecto a si la ley aplicable y su ámbito, tal como se regulan en los artículos 21, 22, 23 y 83 del Reglamento, pueden ser relevantes a los efectos de la constancia registral de la limitación temporal del artículo 28 LH, señala que el fundamento de esta disposición es la inseguridad en el título sucesorio por cuanto pudieran aparecer parientes del causante que no habían sido tenidos en cuenta, o un testamento de fecha más reciente en el que se designe un heredero distinto. Es decir, protege a un eventual heredero real frente al aparente, en toda o en parte de la sucesión. Y como se valora

más improbable, salvo preterición, esta circunstancia en herederos forzosos, el segundo inciso exceptúa las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos. Por ello entiende que el artículo 28 LH, ni en su redacción actual ni en sus versiones anteriores, no se dirige —especialmente y como considera el recurrente— a la comprobación de la existencia de legitimarios —titulares de partes reservadas, en la terminología del instrumento europeo—, sino principalmente a la comprobación de herederos voluntarios o beneficiarios de la sucesión. Y concluye que la aplicación de la ley extranjera a la sucesión *mortis causa*, máxime de un tercer estado no europeo, no solo es compatible con el artículo 28 LH, sino que refuerza su objetivo y finalidad.

— Por último —añade—, una vez practicado un asiento, aun no tratándose de una carga o gravamen (Sentencia del Tribunal Supremo [STS] de 13 de mayo de 2013), sino de la expresión de la limitación temporal de efectos de la fe pública (art. 28 LH), el asiento practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales y no es posible su cancelación, por cuanto no existe un determinado interesado, si no es, en su caso, por resolución judicial.

1.5.2. *Sobre una posible cancelación de las limitaciones del artículo 28 de la Ley hipotecaria en una sucesión regida por el derecho civil catalán*

En relación con el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador titular del Registro de la Propiedad de Berga por la que se deniega la inscripción de un acta notarial de cancelación de las limitaciones del artículo 28 LH, la Resolución de 12 de junio de 2020 de la DGSJFP entiende que la suspensión de la fe pública registral recogida en el artículo 28 LH protege al sucesor real frente al aparente, no solo al legitimario, y se aplica aunque no existan legitimarios o la legítima sea un derecho de crédito.

Hechos: en el Registro figura inscrita una finca a título de legado y se presenta una acta de notoriedad en la que el notario afirma que el causante «carecía de parientes que tengan la condición de legitimarios conforme a la legislación civil catalana» «al efecto de cancelar la limitación de efectos de la fe pública registral prevista en el art. 28 LH».

El registrador deniega la cancelación solicitada, ya que la suspensión de la fe pública que establece el citado precepto solo deja desplegar sus efectos por el transcurso del plazo que el mismo artículo señala, esto es, dos años a contar desde la muerte del causante, por lo que no es posible, por tanto, cancelar la constancia registral de dicha suspensión.

Al margen de la cuestión relativa a la competencia para resolver el recurso, se planteó si eran cancelables las limitaciones del artículo 28 LH, verdadera cuestión de fondo que el centro directivo resuelve confirmando la calificación registral negativa.

Tras realizar un repaso histórico sobre el artículo 28 LH y su fundamento, la Resolución señala que dicho precepto aplica:

— Como regla general una suspensión de la fe pública en el caso de conflicto entre el heredero aparente, titular registral, y el real, protegiendo a este con la suspensión de efectos para quienes adquieran de aquel. Para que pueda cancelarse la limitación del art. 28 LH será necesario el transcurso de dos años desde el fallecimiento del causante y que el adquirente reúna las condiciones del art. 34 LH.

— Una excepción. La existencia de un heredero real distinto del aparente se valora más improbable, salvo preterición, en el caso de existir herederos forzosos, que cuentan con la condición de herederos por reconocimiento legal. Por ello exceptúa, de la limitación de efectos de la fe pública respecto de terceros adquirentes, las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos. En consecuencia, la excepción a la suspensión de efectos de la fe pública registral que establece el art. 28 se sostiene en dos requisitos cumulativos: adquirir de un heredero forzoso y hacerlo con las condiciones exigidas por el art. 34 LH.

Para la determinación de quienes sean los legitimarios habrá que estar a la legislación civil aplicable. El recurrente alega que la naturaleza de la legítima en derecho civil común y en derecho civil catalán es distinta, es un derecho de crédito (arts. 451.1 y 451.15, Código civil catalán). Ahora bien, lo anterior no implica ni la inexistencia de la legítima ni el hecho de que esta pueda satisfacerse en bienes de la herencia (art. 451-11). Por ello si el tercero adquiere los bienes de la herencia del legitimario, por habérsele satisfecho a este con dichos bienes su crédito, estará protegido por la fe pública registral al serle aplicable la excepción del segundo inciso del art. 28 LH, de forma que dicho tercero devendrá inatacable en su adquisición. En cualquier caso, la inaplicabilidad de la excepción no implica que no sea aplicable la regla general.

Respecto de la acción de petición de herencia, afirma el recurrente que no hay en Cataluña ninguna diferencia en la acción de petición de herencia según se plantee la acción contra un heredero aparente que sea legitimario o contra un heredero aparente que no lo sea, pero en este sentido hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 465-2 (régimen jurídico del heredero aparente), el cual hace una remisión a la regulación de la legislación hipotecaria, por lo que los bienes no estarían excluidos de la restitución hasta pasados los dos años de suspensión del art. 28 LH. Transcurrido dicho plazo y consolidada la adquisición a favor del tercero del art. 34 LH, conforme se ha dicho, sería de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del citado art. 465-2.

1.6. PRIMER INTENTO LEGISLATIVO DE REFORMA

Un primer intento legislativo de reforma tuvo lugar ya en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021. Me refiero a la enmienda 51 al Proyecto de ley, presentada en el Congreso por el Partido Nacionalista Vasco (PNV), que proponía esta redacción para el precepto hoy derogado:

Artículo 28. Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos, así como las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por título de sucesiones sujetas a derechos civiles forales o especiales.

La solución, a mi juicio, era realmente mala: primero, porque seguía manteniendo una terminología absolutamente arcaica; además, el tenor del precepto, en sí mismo, resultaba claramente discriminatorio y partía de un prejuicio apriorístico al presuponer, equivocadamente, que en los territorios con derecho civil especial o foral propio solo se aplica a las herencias el derecho especial, y no el común, algo por completo equivocado, tal y como nos recuerda cada día la práctica. Es más, es perfectamente posible que a la sucesión de un bien determinado se apliquen dos legislaciones distintas, lo que, de haberse aprobado la enmienda propuesta, hubiera conducido a un auténtico disparate (por ejemplo, sería el caso de dos copropietarios con distinta vecindad civil que conmueren).

Posteriormente y en la tramitación parlamentaria en el Senado, prosperó una enmienda que, lisa y llanamente, proponía la derogación del precepto, postura que finalmente triunfó. Son de reseñar las siguientes —y esclarecedoras— frases de la exposición de motivos de la Ley publicada finalmente en el BOE:

[...] se elimina el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, dado que los supuestos que eventualmente este artículo está llamado a proteger son muy residuales en comparación con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, generando situaciones antieconómicas [...].

2. CÓMO INTERPETAR LA DEROGACION REALIZADA Y, EN ESPECIAL, QUÉ IMPLICA Y QUÉ ALCANCE TIENE RESPECTO DE ASIENTOS PRACTICADOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR

Voy a exponer dos posturas que, como veremos, son por entero opuestas.⁹ Al final expondré mi posición sobre el particular.

2.1. ENFOQUE NOTARIAL

Desde el campo notarial y para Vicente Martorell:¹⁰

4.2. Situación transitoria

La Ley 8/2021 carece de previsión transitoria alguna para las sucesiones causadas antes del 3 de septiembre de 2021, limitándose a decir que se suprime el artículo 28 de la Ley hipotecaria.

Entiendo que ello supone que la limitación del antiguo artículo 28 de la Ley hipotecaria dejará de aplicarse incluso a las sucesiones causadas antes de dicha fecha, aunque no hubiese transcurrido el plazo de 2 años, salvo que ya se hubiera promovido contienda judicial al respecto.

Por lo mismo, en el caso de que dicha limitación se hubiera anotado en el Registro de la Propiedad, podrá ser cancelada a simple instancia del titular registral o de oficio al practicarse cualquier asiento, pues no tiene la consideración de carga, sino que era una simple limitación legal cuya constancia registral ni siquiera estaba prevista.

Traslado los argumentos de mi compañero Javier Oñate en favor de las consecuencias anteriormente expuestas:

— El art. 28 LH establecía una excepción al principio de fe pública registral y, como toda excepción, ha de interpretarse restrictivamente.

— No era una norma sustantiva que atribuyese derechos subjetivos concretos, sino una norma procedimental, de manera que el derecho a reivindicar del supuesto heredero real no se lo daba ni se lo quitaba este precepto.

9. Todas ellas publicadas en la web *Notarios y Registradores*, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

10. VICENTE MARTORELL, «La supresión del art. 28 de la Ley Hipotecaria por la Ley 8/2021: de la obsolescencia a la modernidad, pasando por la contradicción», *Notarios y Registradores* (en línea), 3 de junio de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

— Tampoco se sabe si existe este heredero real, con lo cual no hay titular de derecho alguno que se vea afectado, ni siquiera una expectativa mientras no se demande y se anote registralmente tal demanda.

— Registralmente no tenía la consideración de carga que exija un especial procedimiento para su cancelación, simplemente era la constatación de una limitación legal a la eficacia del asiento.

— Así ha sido entendido, por ejemplo, en relación al supuesto análogo del art. 1939 del Código civil por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2020.

[...]

[...], la Ley 8/2021 ha suprimido radicalmente este art. 28 LH, desde su entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021.

Entiende, además, la doctrina mayoritaria, que dicha supresión es también de aplicación a las sucesiones causadas antes de su entrada en vigor y respecto de las cuales no se hubiese promovido contienda judicial y anotado la demanda.

En consecuencia:

— Pueden esperar a dicha fecha o anticipar la operación, es decisión suya. Depende ya del comprador si quiere seguir adelante o esperar. También de la entidad de crédito, las cuales he visto que tienen distintas políticas al respecto: continuar con la operación en función de la confianza que les merezcan los antecedentes, retirarse en todos los casos, admitirlo sólo cuando el comprador lo va a destinar a su vivienda habitual, rechazarlo en el caso de destinarse a la promoción inmobiliaria o a la reventa, la «importancia» para ellos del cliente, etc.

— Llegada dicha fecha, si la mención registral al art. 28 LH les entorpece la operación, pueden solicitar previamente su cancelación, pues no es una carga que exija un especial procedimiento sino una limitación legal que ha sido suprimida. Caso de que el Registro de la Propiedad se negase a cancelarla, soliciten una calificación formal por escrito al respecto, a los efectos de interponer el correspondiente recurso.

2.2. ENFOQUE REGISTRAL

a) Para Antonio Manuel Oliva Izquierdo:¹¹

[...] en cuanto al artículo 28 de la Ley hipotecaria se refiere, queda el mismo suprimido, con fecha 3 de septiembre de 2021, por el apartado segundo del artí-

11. Antonio Manuel OLIVA IZQUIERDO, «Principales novedades y preceptos a destacar, desde una perspectiva registral, de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Notarios y Registradores* (en línea), 2 de septiembre de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

culo 3 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Este precepto, que no contiene previsión transitoria alguna para las sucesiones causadas antes del 3 de septiembre de 2021, se limita a suprimir el citado artículo 28 de la Ley hipotecaria, lo que plantea una importante problemática. A este respecto, y ante la falta de una regulación específica, debe acudir, dada su aplicación supletoria, al primer inciso de la disposición transitoria primera del Código civil, que establece que «se registrarán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».

Como resultado, puede entenderse que el régimen jurídico de dicho artículo 28 de la Ley hipotecaria ha de ser el siguiente:

1) Hasta el 2 de septiembre de 2021 inclusive (último día en vigor del artículo 28 de la Ley hipotecaria), ha de seguir aplicándose el artículo 28 de la Ley hipotecaria a las inscripciones por herencia o legado que entren dentro de su ámbito de aplicación, por hallarse dicho precepto vigente al no haberse introducido disposición transitoria alguna al respecto.

2) Desde el 3 de septiembre de 2021 inclusive en adelante (entrada en vigor de la supresión del artículo 28 de la Ley hipotecaria), no debe aplicarse en lo sucesivo la limitación legal de dicho precepto a inscripciones por herencia o legado que hubieran entrado dentro de su ámbito de aplicación, por haberse suprimido el mismo con dicha fecha por el apartado segundo del artículo 3 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en relación con su disposición final tercera.

3) En cuanto a las cancelaciones de la limitación legal del artículo 28 de la Ley hipotecaria, hemos de distinguir tres supuestos diferentes:

i) entre el 3 de junio de 2021 y el 2 de septiembre de 2021 inclusive: han de cancelarse las limitaciones legales del artículo 28 de la Ley hipotecaria, conforme vayan caducando por haber transcurrido dos años desde la muerte del causante, en virtud de instancia o con la práctica de cualquier operación al amparo del artículo 353 del Reglamento hipotecario, al hallarse todavía vigente el referido artículo 28 de la Ley hipotecaria.

ii) entre el 3 de septiembre de 2021 y el 2 de septiembre de 2023 inclusive: deben cancelarse las limitaciones legales del artículo 28 de la Ley hipotecaria, conforme vayan caducando según hayan transcurrido dos años desde la muerte del causante, en virtud de instancia o con la práctica de cualquier operación al amparo del artículo 353 del Reglamento hipotecario, por haber sido practicadas bajo el imperio del citado artículo 28 de la Ley hipotecaria, entonces vigente.

iii) A partir del 3 de septiembre de 2023: necesariamente todas las limitaciones prevenidas por el artículo 28 de la Ley hipotecaria estarán caducadas, con independencia de la fecha del fallecimiento del causante, al no haberse podido introducir desde el 3 de septiembre de 2021, por lo que se podrán cancelar con mera instancia en cualquier momento o con la práctica de cualquier operación al amparo del artículo 353 del Reglamento hipotecario.

b) Para Emma Rojo:¹²

El próximo viernes día 3 de septiembre queda suprimido el artículo 28 de nuestra Ley hipotecaria como consecuencia de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

El fundamento del artículo 28 LH se encontraba, según la doctrina tradicional, en la inseguridad del título sucesorio toda vez que podían aparecer en el último momento parientes del causante que no hubieran sido tenidos en cuenta o bien, un testamento de fecha posterior en el que se nombrara un heredero diferente. Como ha quedado expuesto, la Ley 8/2021, ha previsto la supresión del artículo 28 LH.

¿Cómo proceder desde el punto de vista registral respecto de las inscripciones practicadas con anterioridad? ¿Y respecto de las posteriores a dicha fecha? El día 3 de septiembre, ¿debemos proceder a cancelar todos los asientos en los que consten inscritos la limitación del artículo 28 LH?

Tras la Ley 8/2021, la práctica registral, en mi opinión, debe ser la siguiente:

I. Las inscripciones de herencia o legado que se inscriban antes del día 3 de septiembre, siguen las reglas generales por todos conocidos, es decir, todas las inscripciones de herencia o legado que se practiquen a favor de personas que no sean herederos forzosos se rigen por el artículo 28 y se hará constar que no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de muerte del causante.

II. Sin embargo, a partir del viernes, día 3 de septiembre, cualquier inscripción de herencia o de legado, ya sea la inscripción a favor de herederos forzosos o de otras personas, se practicará sin necesidad de hacer constar la limitación de efectos contemplada con anterioridad en el citado precepto y ello, aunque el causante haya fallecido con anterioridad al 3 de septiembre. Por lo tanto, con posterioridad al 3 de septiembre no se hace referencia alguna en la inscripción a la limitación de efectos del —antiguo— artículo 28 LH.

III. Respecto de los asientos ya practicados con anterioridad al 3 de septiembre y que consten inscritos en el Registro, no se procede a su cancelación automática toda vez que los asientos del Registro producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud por lo que hasta que no transcurran dos años desde la muerte del causante no podrán ser canceladas.

12. Emma Rojo, «Tema del mes: el 3 de septiembre y el art.28 LH», *Notarios y Registradores* (en línea), 31 de agosto de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

c) Por último y también en la misma web, *Notarios y Registradores*, se hacen las siguientes indicaciones:¹³

La supresión del artículo 28 la argumenta la E. de M. alegando que los supuestos objeto de protección son muy residuales en comparación con el perjuicio que ocasiona en la sucesión de colaterales y extraños y la perturbación del tráfico, generando situaciones antieconómicas.

Aunque, a primera vista, parece razonable que se pudiera solicitar la cancelación formal de las existentes a partir del 3 de septiembre de 2021. Ésta es una cuestión muy opinable al carecer de disposición transitoria al respecto la Ley 8/2021, por lo que, de entender que resulta aplicable supletoriamente la D. Tr. 1ª Cc, habría que esperar al transcurso de dos años desde la fecha del fallecimiento del causante. En tal caso habría que considerar «derecho nacido durante la legislación anterior» a la expectativa de mayor protección que concede la normativa previa a los herederos forzosos no tenidos en cuenta en la herencia inscrita. Sería deseable que el Centro Directivo se pronunciase al respecto.

2.3. OPINIÓN DEL AUTOR

Voy a exponer seguidamente mi opinión personal, si bien, puesto que en las opiniones que se han reseñado se trae a colación el concepto de *retroactividad*, no está de más recordar que ni la Constitución ni la ley determinan qué es o qué debe entenderse «legalmente» por efecto retroactivo, por lo que tienen importancia ciertas distinciones que aporta la doctrina jurídica, que ha venido distinguiendo tres grados de retroactividad: en grado máximo, la nueva ley se aplica a la relación jurídica creada bajo el imperio de la ley antigua en todos sus efectos, tanto consumados como no consumados; en grado medio, la nueva ley se aplica solo a los efectos nacidos con anterioridad pero que aún no se han consumado, y se respetan los ejecutados conforme a la ley anterior; en grado mínimo, la nueva ley se aplica a las situaciones anteriores, pero solo respecto de los efectos que se producirán (ejecutarán, consumirán) en el futuro.

En este punto, creo obligado traer a colación la autoridad doctrinal de Federico de Castro, quien, mucho antes de la reforma del título preliminar del Código civil en 1975 y, por supuesto, de la Constitución, en su ya clásico *Derecho civil de España*¹⁴ nos decía lo siguiente, aludiendo a casos de aplicación de la nueva ley con efectos retroactivos:

13. «Ley de apoyo a las personas con discapacidad: resumen y enlaces» (editorial), *Notarios y Registradores* (en línea), 7 de julio de 2021, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

14. Tomo I, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 726 y sig. (reimpresión de la edición de 1954).

[...] las leyes pueden exigir su cumplimiento aunque con efectos retroactivos, aunque no lo hayan declarado mediante una cláusula especial; habrá, por tanto, casos de retroactividad por declaración expresa, y otros, en que se deduce del contexto de la ley [...]. 2. Por declaración tácita de la ley. Se entiende que la ley impone el efecto retroactivo cuando así lo requieren su sentido, carácter y fin. Hay disposiciones de tal clase que, por su mismo carácter, implican normalmente un acto retroactivo. Constituyen las formas típicas de la retroacción tácita, y su enumeración puede auxiliar la labor interpretativa. Pueden señalarse las siguientes: [...] e) Las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediendo efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta.

Y en una nota a pie de página precisaba, respecto de la última afirmación: «Las que establecen, por ejemplo, un nuevo régimen o modifican el existente sobre el tráfico inmobiliario; carácter general e inmediato de la Ley hipotecaria [...]».

Criterios, estos, acerca de la determinación del grado de retroactividad y la posibilidad de aplicarla vía interrupción, que no han pasado muchas veces desapercibidos para las resoluciones de la DGRN (hoy DGSJFP). Sirvan de ejemplo las afirmaciones que se contienen en la Resolución de 27 de enero de 2012 de la entonces DGRN:

[...]

La segunda cuestión, directamente relacionada con la anterior [habida cuenta de la distinta normativa aplicable en momentos diferentes del documento, tales como el otorgamiento y la inscripción], es la admisibilidad o no de la irretroactividad de las normas aplicables [...]. Como regla general, el artículo 2.3 del Código civil establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 de la Constitución española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. El principio de la irretroactividad se asienta en «los deseos de certeza y seguridad jurídica y el respeto de los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas» (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984), con la consecuencia de que la interpretación de las normas de derecho transitorio ha de realizarse en sentido restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.

Las sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de febrero de 1981 y 7 de mayo de 1981 apoyan la existencia de una retroactividad *a sensu contrario* de las normas favorables, la de 11 de noviembre de 1981 niega la existencia en el caso contemplado de una retroacción de norma desfavorable y la de 6 de julio de 1982 niega la posibilidad de aplicar la retroactividad «en grado máximo» ya que ello «iría contra la misma seguridad jurídica que su artículo 9.3 garantiza». El Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de junio de 1980, niega la posibilidad de la retro-

acción a una orden ministerial, pues ese efecto es patrimonio de las disposiciones con rango de ley, y la Sentencia de 26 de enero de 1982 admite la posibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes nuevas en los casos de disposición expresa de la ley, cuando se desprenda ello del propio contenido de la nueva norma y cuando sean interpretativas, complementarias o ejecutivas de una ley principal. Niegan la retroactividad de aquellas disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos las sentencias de 13 de octubre de 1981, 10 de enero y 5 de marzo de 1982.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada (sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988), dulcifica o limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando esta última sentencia que «no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución española, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad», añadiendo también el Tribunal Constitucional (Sentencia de 4 de febrero de 1983) que el principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibile petrificación del ordenamiento jurídico. Con rotunda claridad se pronuncia la Sentencia de 16 de julio de 1987 al establecer que «la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas».

También el Tribunal Supremo limita el alcance del categórico pronunciamiento que realiza el artículo 2.3, distinguiendo, para ello, entre una derogación expresa y otra tácita de las normas, a los efectos establecidos en el citado artículo, por resultar ésta de la «ratio o finalidad de la Ley» (Sentencia de 17 de mayo de 1984). En ocasiones el Tribunal Supremo alude a una «retroactividad débil o de primer grado», como la Sentencia de 11 de octubre de 1988, que expresamente dice que «el silencio de una norma en orden a su retroactividad, si bien, conforme al principio proclamado por el artículo 2.3 del Código civil, impide su aplicación a hechos o relaciones que hubieran producido todos sus efectos bajo el imperio del anterior orden normativo, no siempre conduce a igual solución respecto de los efectos de dichas relaciones que se produjeran después de la entrada en vigor de la nueva regulación, pues la retroactividad débil o de primer grado puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en tal sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de aquélla, en cuyo caso sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a los tratos futuros de la relación en curso de ejecución». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 23 de mayo de 1989, que admite la

retroactividad de la ley no sólo cuando se manifieste expresamente en tal sentido, sino también cuando se «pueda deducir del sentido de la ley, resultando patente el propósito del legislador», propósito que se presume en las «disposiciones aclaratorias o interpretativas de las leyes, en las que suplan lagunas legales y en las procesales» (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988 y 9 de abril de 1992, que dan una relación no exhaustiva, sino meramente enunciativa de leyes con efectos retroactivos).

Por tanto, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infringiéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero sólo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquéllas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código civil.

Así pues, esta jurisprudencia es clarificadora en cuanto a los siguientes puntos: 1. El principio general de la irretroactividad de las leyes. 2. La posibilidad de retroactividad en determinadas situaciones sin perjuicio de los derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares. 3. Que no se menciona nada en esta jurisprudencia sobre irretroactividad de doctrina, y menos aún de la dictada en resoluciones de este centro directivo. 4. Que se admite la retroactividad de las normas interpretativas, complementarias, de desarrollo o ejecutivas, pero siempre de una forma controlada y moderada y en cuanto no lesione o perjudique los derechos adquiridos con anterioridad [...].

Y se preguntará el —paciente— lector por qué traigo a colación esta doctrina; y la razón es que para mí supone un claro apoyo a la evidencia —y necesidad— de entender perfectamente posible la cancelación inmediata de cuantas menciones registrales puedan constar en el Registro a día de hoy en referencia al derogado artículo 28, incluso cuando no haya transcurrido aun el plazo de dos años a contar desde la muerte del causante.

Y es que con razón afirmaba el profesor Lacruz Berdejo¹⁵ que la opción entre los distintos grados de retroactividad suele obedecer a motivos de política y ética

15. José Luis LACRUZ BERDEJO, «Introducción», en José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de dere-*

legislativa, pues la aparición de una nueva ley supone una censura para la antigua y la necesidad de justicia hace urgente la aplicación de la nueva ley; y para Muñoz Machado,¹⁶ la eficacia de las normas acompaña naturalmente a su vigencia. Posturas, estas, que sin duda avalan lo dicho más arriba y casan con la doctrina del efecto inmediato de las leyes, que constituye la regla en ausencia de otra manifestación del legislador.

El por desgracia desaparecido compañero Joaquín Zejalbo nos dejó escrito¹⁷ lo siguiente:

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/86, de 10 de abril, citada por Suarez Collá en su libro *La retroactividad*, Madrid 2005 —su magistrado ponente fue Luis Díez-Picazo Ponce de León, catedrático de derecho civil—, el abogado del Estado nos dijo: una parte de la doctrina contrapone los efectos retroactivos de las leyes con el denominado efecto inmediato (la afección a efectos futuros de situaciones anteriores a la vigencia de la nueva ley) entendiéndose que éste último constituye la regla general en cualquier supuesto de conflicto de leyes en el tiempo. Tal construcción dogmática del efecto inmediato de las leyes puede no diferenciarse de lo que, en otras formulaciones, se caracteriza por retroactividad de grado mínimo, pero, en cualquier caso, debe convenirse en que, efectivamente, el alcance de la nueva legislación a los efectos futuros de las situaciones generadas bajo la legislación anterior, constituye una regla de derecho común y ello precisamente porque la excepcional negación de tal principio supondría limitar, en alguna medida, la eficacia derogatoria de la ley nueva, subsistiendo, respecto a determinadas situaciones jurídicas, la vigencia de la ley anterior. Resolvió el Tribunal, dando la razón a la Abogacía del Estado, reseñando que lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir [...].

Como conclusiones finales, que creo que avalan mi postura de aplicación imperativa e indiscriminada de la derogación operada, que implica la absoluta cesación de efectos de aquellas menciones —indebidamente practicadas, a mi juicio— referidas al artículo 28 en asientos registrales (perfectamente cancelables a solicitud del interesado, por tanto), indicaría las siguientes.

cho civil. I. Parte general, vol. 1, Madrid, Dykinson, 2006.

16. *Diccionario de derecho administrativo*, Madrid, Temis, 2005.

17. En la web *Notarios y Registradores*, marzo de 2006, <www.notariosyregistradores.com> (consulta: 22 abril 2021).

a) El legislador de 2021 ha dejado bien a las claras cuál es su criterio sobre las razones que le han llevado a derogar un precepto cuya aplicación devino gravemente perturbador para el buen orden económico y para la seguridad jurídica. Y que los efectos de la derogación (que implica que no se suspende la fe pública registral) son inmediatos e indiscriminados, con independencia de cuando se produce la muerte del causante.

b) Se quiera o no, la cuestión que subyacía en el teórico *leitmotiv* del precepto derogado, se basaba en la dialéctica heredero aparente / heredero real, tal y como habían apuntado acertadamente mis colegas antes mencionados, situación que ha de resolverse en base a los criterios de fondo que se deriven de la legislación civil aplicable a determinada sucesión; y es la solución por la que ha optado el legislador de 2021.

c) En efecto, el legislador ha considerado tan residuales los casos en los que puede aparecer ese conflicto heredero real / heredero aparente, que los reconduce al ámbito en el que han de dirimirse: el judicial. En el cual, como es sabido, cabrá solicitar medidas cautelares tales como la anotación preventiva de la demanda (art. 42 y sig. LH), que tiene la virtud de enervar la fe pública registral y advertir así —con vistas al futuro— del titular inscrito al que pretenda adquirir.

d) La regulación que se contenía en el derogado artículo 28 era adjetiva, pues, como acertadamente pone de relieve Vicente Martorell, no atribuía derecho subjetivo alguno y chocaba frontalmente con la pluralidad legislativa existente en nuestro ordenamiento civil, a la vez que perturbaba gravemente el tráfico jurídico. El legislador de 2021 ha querido acabar de una vez por todas con ella; primero, porque las circunstancias que pudieron justificar su existencia ya no existen; segundo, porque considera que sus radicales efectos eran perjudiciales para la economía.

Y lo que no tiene lógica es entender que una herencia causada antes del 3 de septiembre de 2021 y presentada a inscripción después, quede «limpia» registralmente (y los conflictos que se puedan suscitar ya se resolverán en los tribunales conforme a la legislación sustantiva), y las que estén en la misma situación, e inscritas antes, no lo queden. Y no puede decirse que, respecto de aquellos supuestos en los que se haya practicado la mención registral del artículo 28 LH (no me atrevo a calificarla de otra forma) antes del 3 de septiembre de 2021, opera la salvaguardia de los tribunales y no cabe la cancelación hasta que pasen dos años desde la muerte del causante, pues por encima de esa teórica salvaguardia está —y prevalece— la imperatividad de la ley, que se impone a todo y a todos.

d) Retomo las afirmaciones de Federico de Castro que antes transcribí. Y, sea porque entendamos que la retroactividad es en este caso máxima, por la propia intención del legislador que se deduce de la exposición de motivos y en base a un proceso de interpretación lógico, sea por la eficacia inmediata e incondicionada de una disposición legal que quiere acabar con una situación que ve perjudicial, no veo que sea posible traer a colación la doctrina de la disposición transitoria primera del Código civil de 1889, puesto que aquí no cabe hablar de derecho subjetivo adquirido alguno

y es la legislación civil sustantiva la que determinará y protegerá los derechos subjetivos, no la Ley hipotecaria, en base a un precepto que simplemente ya no existe.

Y precisamente esa comparación del texto final de esta Ley 8/2021 (que no contiene norma transitoria alguna respecto del precepto derogado) con la del texto refundido de 1946 de la Ley hipotecaria, que sí que contenía una disposición transitoria para el artículo 28, es argumento evidente de que el legislador no ha contemplado la subsistencia de nada de lo que eventualmente se hubiera podido reflejar tubularmente con anterioridad. Como sí hizo, por el contrario, en 1946, queriendo entonces mantener la aplicación del precepto, aunque fijando un *dies a quo* distinto. Hoy, simplemente, ha querido eliminarlo.

e) Algunos compañeros registradores han defendido que las herencias que ingresen en el Registro después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, aun habiendo fallecido el causante con anterioridad —esto es, vigente aún el art. 28 LH—, quedan libres de esa «mención», con la consecuencia —añado yo— de que habrán de resolverse las cuestiones que puedan suscitarse entre heredero real y heredero aparente al margen del Registro. Con mayor razón, en mi opinión, y por un criterio de pura igualdad, habrá de suceder lo mismo con aquellas herencias inscritas antes y respecto de las cuales se practicó, a mi juicio indebidamente, la mención citada; porque si hay otras muchas adquisiciones hereditarias en las que no se hizo constar nada y si alguien alega ahora la aplicación del art. 28 LH, su pretensión no tiene recorrido alguno, puesto que el precepto ha sido expulsado del ordenamiento jurídico, no es ilógico entender aplicable el mismo trato para los que sí han visto reflejado el precepto hoy derogado en su asiento registral. Por ello creo que hay argumentos más que sobrados para entender absolutamente posible su cancelación, por solicitud con amparo en el párrafo segundo del artículo 82 LH y también en aplicación del artículo 353.3 del Reglamento hipotecario.

Y retomo también la cita inicial de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1988, pues sirve de apoyo claramente a la afirmación de que aquí —con la postura que defiendo— no se está perjudicando a nadie; el que crea estarlo, ha de acudir a los tribunales y alegar y probar su derecho, y nada más. Y lo que ha hecho el legislador es atender una demanda que había devenido un verdadero clamor, para evitar «preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas».

O, como bien decía la citada Resolución de la entonces DGRN del año 2012:

[...] la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades [...].

LIBERALITAT I ONEROSITAT EN LES RELACIONS ENTRE CÒNJUGES I CONVIVENTS I ACCIÓ DE REINTEGRAMENT DEL PREU EN ADQUISICIONS ONEROSES (A PROPÒSIT DE LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA 3/2020, DE 30 DE GENER, I 5/2020, DE 6 DE FEBRER)

Gemma Rubio Gimeno

*Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona*

Resum

És clara la voluntat del legislador català de no assimilar el règim de cònjuges al de convivents durant la convivència. Les solucions previstes per als cònjuges no són aplicables als convivents en parella estable, tret dels casos de remissió expressa. Aquesta remissió no existeix en matèria d'adquisicions oneroses i presumpció de donació de la contraprestació satisfeta pel no adquirent que es recull en l'article 232-3.1 del Codi civil de Catalunya (CCCat), i així ho palesa la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 5/2020 per a fer prosperar una acció de reintegrament. Això no obstant, no podem sostreure'ns a la relació afectiva que contextualitza la contractació entre convivents en parella estable, ni els podem tractar com a estranys atès que componen una unitat familiar. Aquesta serà una variable important a l'hora d'apreciar la causa liberal que motiva el desplaçament i de considerar que la reclamació posterior de reintegrament del preu satisfet pel no adquirent és expressió, en realitat, d'un penediment per l'atribució gratuïta realitzada. Així mateix, l'actuació dels convivents durant la convivència permetrà apreciar l'existència de pactes tàcits, als quals es refereix la STSJC 3/2020. I, més enllà d'aquests acords, la conducta observada pel que fa a la no reclamació del preu satisfet per a l'adquisició d'un bé esdevinguda durant la convivència s'haurà d'examinar des de la perspectiva de la doctrina dels actes propis quan aquesta reclamació finalment s'esdevingui.

Paraules clau: adquisicions oneroses, convivents en parella estable, presumpció de donació, actes propis, dret de reembossament.

LIBERALIDAD Y ONEROSIDAD EN LAS RELACIONES ENTRE CÓNYUGES
Y CONVIVIENTES Y ACCIÓN DE REINTEGRO DEL PRECIO
EN ADQUISICIONES ONEROSAS (A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 3/2020,
DE 30 DE ENERO, Y 5/2020, DE 6 DE FEBRERO)

Resumen

Es clara la voluntad del legislador catalán de no asimilar el régimen de cónyuges al de convivientes durante la convivencia. Las soluciones previstas para los cónyuges no serán aplicables a los convivientes en pareja estable, salvo en los casos de remisión expresa. Esta remisión no existe en materia de adquisiciones onerosas y presunción de donación de la contraprestación satisfecha por el no adquirente que se recoge en el artículo 232-3.1 CCCat, y así lo pone de manifiesto la STSJC 5/2020 para hacer prosperar una acción de reintegro. Sin embargo, no podemos sustraernos a la relación afectiva que contextualiza la contratación entre convivientes en pareja estable, ni podemos tratarlos como extraños dado que componen una unidad familiar. Esta será una variable importante a la hora de apreciar la causa liberal que motiva el desplazamiento y de considerar que la reclamación posterior de reintegro del precio satisfecho por el no adquirente es expresión, en realidad, de un arrepentimiento por la atribución gratuita realizada. Asimismo, la actuación de los convivientes durante la convivencia permitirá apreciar la existencia de pactos tácitos, a los que se refiere la STSJC 3/2020. Y, más allá de estos acuerdos, la conducta observada en lo que se refiere a la no reclamación del precio satisfecho para la adquisición de un bien acaecida durante la convivencia deberá examinarse desde la perspectiva de la doctrina de los actos propios cuando esta reclamación finalmente se plantee.

Palabras clave: adquisiciones onerosas, convivientes en pareja estable, presunción de donación, actos propios, derecho de reembolso.

LIBERALITY AND ONEROSITY IN RELATIONSHIPS BETWEEN SPOUSES
AND STABLE PARTNERS AND PRICE REIMBURSEMENT ACTION
IN ACQUISITIONS FOR CONSIDERATION (CONCERNING
THE JUDICIAL DECISIONS OF THE SUPREME COURT 3/2020,
JANUARY 30TH AND 5/2020, FEBRUARY 6TH)

Abstract

It is clear the Catalan legislator's will not to assimilate the regime of spouses and cohabitants while cohabitation lasts. The solutions provided for the spouses will not apply to stable partners, except in cases of express reference. This reference is not contained in the subject of acquisitions for consideration and presumption of gift of the consideration paid by the non-acquirer that is included in article 232-3.1 CCCat and this is stated in the Judicial Decision of the Supreme Court 5/2020 to make a reimbursement action prosper. However,

we cannot avoid the affective relationship that contextualizes the contractual relationships between stable partners, nor can we treat them as strangers since they make up a family unit. This will be an important variable when it comes to assessing the liberal consideration that motivates the displacement and considering that the subsequent claim for reimbursement of the price paid by the non-acquirer is an expression, actually, of a regret for the free attribution made. Likewise, cohabitants conduct during the cohabitation will allow to observe the existence of tacit agreements, to which the Judicial Decision of the Supreme Court 3/2020 refers, and beyond these agreements, the behavior observed in relation to the non-claim of the paid price for the acquisition of an asset that occurred during cohabitation, it must be examined from the perspective of the doctrine of one's own acts when this claim is finally submitted.

Keywords: acquisitions for consideration, stable partners, presumption of gift, one's own acts, right of reimbursement.

INTRODUCCIÓ: CASOS DE SOBRECONTRIBUCIÓ O CONTRIBUCIÓ EXCLUSIVA AL PAGAMENT DEL PREU D'ADQUISICIÓ O AL PAGAMENT D'UNA CONTRAPRESTACIÓ I DRET DE REEMBOSSAMENT

El cas que serveix de pretext per a contraposar el règim aplicable a les parelles casades en règim de separació de béns i l'aplicable a les parelles estables quant al tractament dels excessos contributius sobre el preu d'adquisició de béns en copropietat, és la STSJ 5/2020, de 6 de febrer (JUR 134266). Els fets que motiven la controvèrsia són prou senzills: l'any 2001 s'inicia la convivència en parella, fruit de la qual neix una filla; a finals del 2004 els convivents compren un habitatge a parts iguals indivises a canvi d'un preu de 175.000 € que satisfà íntegrament un dels convivents, amb uns diners provinents de l'herència d'una àvia, i on fixen el domicili comú. Els convivents contreuen matrimoni l'any 2008 i es divorcien el 2012. L'any 2013 els excònjuges venen l'immoble a una tercera persona per 140.000 € i es reparteixen a parts iguals el preu percebut. L'any 2017 el convivent que havia satisfet la integritat del preu en la compravenda del 2004 demanda l'altre per a reclamar-li el preu que havia percebut en la venda posterior (2013). La demanda es desestima en la primera instància, però l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 17a), en la Sentència 296/2019, de 7 de maig (JUR 165374), revoca la sentència d'instància i condemna el convivent demandat a reembossar a l'altre convivent la quantitat de 64.381,50 € més els interessos legals des de la interpel·lació judicial. Aquest segon pronunciament és confirmat pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la Sentència 5/2020, de 6 de febrer (JUR 134266).

La Sentència emfatitza que, en el tractament de les parelles estables, les remissions a normes pròpies de la institució matrimonial exigeixen una declaració expressa i, per tant, la manca d'una remissió concreta a la norma continguda en l'article 232-3 CCCat en matèria de règim econòmic de separació de béns no comporta una llacuna

ni, doncs, permet el recurs a l'analogia dirigida a presumir l'existència d'ànim liberal en el convivent que va fer l'aportació del preu per a l'adquisició de l'habitatge en proindivisió. Cal objectar, però, que la sentència de primera instància, que es revoca en apel·lació, no recorre a aquesta aplicació analògica, malgrat que així es raoni en resoldre aquest recurs, sinó que estableix que el fet que mai, en els anys posteriors a l'adquisició, ni durant la vida en parella o matrimonial, ni en el moment de crisi i de recollir els efectes de la ruptura en un conveni, ni tampoc, finalment, en el moment de la venda de l'immoble, no es reclamés cap quantitat en aquell concepte ni s'efectués cap reconeixement del deute, no comporta que es pugui considerar l'existència d'ànim liberal per aplicació de la presumpció judicial *ex* article 386 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC). En tot cas, a més, el resultat patrimonial al qual arriba la resolució final del cas és imprecís perquè no justifica l'expedient fonamentador del reembossament que es practica i perquè es fa reembossar el preu percebut per la venda del bé l'any 2013, i no el preu aplicat a la seva adquisició l'any 2004, ni que sigui actualitzat al moment de reclamar el reembossament, que és el que, segons el pronunciament, no va ser objecte d'un desplaçament gratuït, puix que no s'exercita una acció d'enriquiment injustificat.

Complementàriament, la STSJC 3/2020, de 30 de gener (RJ 4332), que resol la controvèrsia entorn de l'acció de divisió del condomini sobre l'habitatge habitual d'una parella estable, que es va acumular en la primera instància al procediment de ruptura, tracta la qüestió del dret a obtenir el reembossament del cost de finançament de la contraprestació per a fer unes obres de rehabilitació de l'habitatge familiar, en aquest cas el reembossament de les quotes d'amortització del préstec, que ha pagat un convivent per sobre del que correspondria a la quota de la seva titularitat sobre l'immoble. Tanmateix, en aquest cas el Tribunal considera improcedent el reembossament i estima l'existència d'un «pacte tàcit» durant la convivència pel qual es renuncia a la restitució de quantitats, restitució que, per tant, només és exigible respecte a les quotes meritedes amb posterioritat al cessament de la convivència. En aquest cas, l'èmfasi, a l'hora d'analitzar l'excés contributiu d'un convivent, es posa en l'existència d'una convivència *more uxorio* entre els litigants i en el fet que la devolució del préstec per part de només un dels convivents codeutors va tenir caràcter continuat i exclusiu des de l'inici de la convivència. D'aquesta darrera resolució i des de la perspectiva de l'ànim liberal, en destaquem, de moment, que aquest és mutable i evoluciona cap a l'onerositat un cop extingida la relació de parella.

1. LA CONTRACTACIÓ ENTRE CÒNJUGES I CONVIVENTS: OBVIETATS I CONTRADICCIONS

L'article 231-11 CCCat reconeix la llibertat dels cònjuges per a concloure entre ells tot tipus de negocis jurídics. La norma se sol titllar de sobrerera pel fet que, si no

és per raons històriques ja superades o per a justificar normes de protecció de creditors, l'existència d'un vincle matrimonial entre els contractants no hauria de tenir cap rellevància en el tractament jurídic de les relacions contractuals, siguin del tipus que siguin.¹ Una norma similar s'extreu de l'article 234-3.1 CCCat en matèria de regulació de parelles estables, si bé en aquest context pretén excloure la provisió d'un règim legal supletori.

Tanmateix, l'estàndard de comportament negociador que s'exigeix als cònjuges, i per extensió als convivents, sembla diferent del que es demana en el marc d'una negociació entre estranys. La constatació s'ha posat de manifest en analitzar els pactes entorn de la ruptura de parella² i hi trobem un reflex inequívoc en la legislació que introdueix cauteles i condicionants a l'eficàcia dels pactes amb aquest contingut (art. 231-20, 233-5, 233-16.2 o 233-21.3 CCCat); certament, però, el risc d'influir indegudament en l'altre contractant o d'aprofitar-se del context de mútua confiança, es veu palesament més afavorit en un entorn de relació de parella que no està en crisi o que no considera aquesta eventualitat. S'aprecien, doncs, limitacions o desviacions contextuais en l'exercici de l'autonomia de la voluntat en el marc dels acords entre cònjuges i convivents que poden propiciar el recurs posterior a institucions com l'avantatge injust *ex art. 621-45 CCCat* i que, en certa manera, es mostren contradictòries amb l'afirmació prèvia de llur llibertat contractual per al cas que es pugui concloure que la relació existent entre els contractants es pot arribar a estandarditzar com un potencial element de debilitat.³

Més enllà de la justícia o equilibri negocial d'un acord en concret, existeix, a més, un entramat de relacions que poden condicionar contractacions independents, en el sentit que determinades decisions econòmiques de cònjuges o convivents troben la seva justificació en decisions econòmiques prèvies o coetànies, malgrat que la tasca de qualificació s'efectuï finalment, i, en cas de conflicte, projectada sobre un acord en

1. Cfr. Fernando GÓMEZ POMAR, «Comentari a l'art. 231-11 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.) i Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 104 i 105.

2. Marina CASTELLS MARQUÉS, *Pactos amistosos en caso de ruptura de la pareja*, Barcelona, Reus, 2018, p. 29.

3. Advertim certa redundància en la previsió de normes institucionals de protecció de la llibertat de consentiment i de l'equilibri material d'allò acordat, com les contingudes en l'art. 231-20 CCCat esmentat en el text, si el legislador introdueix normes generals en matèria de contractació —encara que circumstancialment s'allotgin en matèria del contracte de compravenda amb motiu de les limitacions en l'avenç de la codificació del llibre sisè— que donin resposta a desequilibris motivats per la relació contextual dels contractants, com s'esdevé respecte a la institució de l'avantatge injust *ex art. 621-45 CCCat*. Vegeu Gemma RUBIO GIMENO, «La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un negocio naturalmente asimétrico?», a Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dir.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución de 1978*, Barcelona, Madrid, Buenos Aires i São Paulo, Marcial Pons, 2021, p. 175.

concret, i malgrat també que, finalment, aquests condicionants hagin d'obtenir una resposta generalment reconduïda a la irrellevància dels motius en la contractació.

Tenint en compte aquesta realitat i malgrat que l'aplicació o inaplicació de les normes estigui en funció que es compleixi el seu supòsit de fet, pot resultar particularment escaient recórrer a la inadmissibilitat de pretensions contradictòries amb el comportament previ observat per un dels cònjuges o convivents, per aplicació del principi general dels actes propis (art. 111-8 CCCat) i tal com ja avancem que considerem que caldria haver resolt el primer dels casos esmentats en la introducció.

1.1. L'EXCLUSIÓ DEL RECURS A L'ANALOGIA LEGIS PER A RESOLDRE CONFLICTES ENTRE CONVIVENTS I, EN PARTICULAR, LA PROBLEMÀTICA DE LA PROCEDÈNCIA DEL PREU EN ADQUISICIONS ONEROSES

La corroboració de la qual es parteix a l'hora de donar resposta a casos com els que hem introduït és l'opció legislativa conscient adreçada a no assimilar el règim aplicable a les relacions entre convivents i el règim aplicable a les unions matrimonials (preàmbul del llibre segon). Aquesta assimilació només és possible en aquells casos en què el legislador formuli una remissió expressa; per exemple, en relació amb el règim de disposició de l'habitatge habitual (art. 234-3.2 CCCat) o en matèria de drets viudals (234-14 CCCat), entre d'altres. I atès que no assimilem les realitats familiars quant als seus efectes, ens trobem davant la inevitable dificultat de donar resposta als supòsits no regulats: el de les relacions personals i patrimonials entre convivents, que s'han de regir *exclusivament* pels pactes entre convivents (art. 234-3.1 CCCat); la dificultat rau en el fet que aquests pactes no necessàriament existiran respecte a totes les manifestacions patrimonials esdevingudes al llarg de la vida en parella. L'opció més coherent en aquests casos és acudir a les normes en matèria de contractació i drets reals. Això no exclou, però, que, en aquest context, pugui no resultar adequat aplicar certs apriorismes i, sobretot, que no puguem desprendre absolutament la caracterització de la relació patrimonial de la relació afectiva concreta entre els contractants, adquirents i/o comuns.

Pel que fa a l'adquisició de béns pels convivents quan no hi hagi correspondència entre la titularitat reflectida formalment i la contraprestació satisfeta, veurem que, a falta d'una presumpció que ens simplifiqui la tasca, l'ànim liberal del que hagi contribuït per sobre de la seva quota o, fins i tot, del que no hagi estat adquirent, haurà de trobar una expressió o, almenys, l'haurà de poder desprendre del context familiar, tal com ho faríem si, en lloc de convivents, els adquirents estiguessin units per un altre tipus de vincle familiar.

1.1.1. *La paradoxa del concepte de parella estable*

La convivència en parella estable, malgrat que és concebuda com a fet familiar pel llibre segon del Codi civil de Catalunya (art. 231-1), superada la recança amb què el legislador abordava la seva realitat en la legislació anterior i tot i que la relació entre els convivents en parella estable es defineixi per la seva analogia amb la relació matrimonial («dues persones que conviuen en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial», art. 234-1 CCCat), rep una resposta legislativa parcialment distanciada de la que rep la convivència matrimonial. Diem, doncs, que la convivència en parella estable és una realitat anàloga a la matrimonial quant a la qualificació de la relació de parella —no necessàriament afectiva, atès que l'afectivitat no s'esmenta en matèria matrimonial, però sí en relació amb la comunitat de vida que crea, tal com resulta de l'article 231-2.1 CCCat—, però la norma mena cap a l'autoregulació i veda el recurs a l'*analogia legis* a fi d'excloure l'aplicació de la regulació matrimonial als conflictes entre convivents durant la convivència, sovint objecte de litigiositat un cop ja extingida la relació de parella. En aquest sentit i tot i que és aleshores quan sorgeixen pretensions de reintegrament, no es tracta d'un efecte de la ruptura i, per tant, el legislador no s'ocupa de la problemàtica. Cal tenir en compte, aleshores, que aquestes pretensions —o el fet de no plantejar-les— poden haver condicionat decisivament els acords sobre la ruptura.

Tot i compartir la premissa argumental que els convivents en parella estable tenen accés al vincle matrimonial —fins i tot els ja lligats per vincles matrimonials, atesa l'acausalitat del divorci—, entenem que aquesta premissa s'ha de projectar sobretot en el reconeixement o no de drets derivats de la convivència en parella, i no tant per a emparar reclamacions entre convivents a partir de parametritzar llurs relacions fora dels condicionants familiars i, per tant, tractar-los com si es tractés de dues persones estranyes.⁴ De fet, la transcendència del fet familiar és palesa en la suspensió dels terminis de prescripció durant la convivència *ex* article 121-16c CCCat, que és precisament el que permet que es plantegin reclamacions com la que examinem.

1.1.2. *Autoregulació del règim aplicable durant la convivència i acords tàcits*

Com hem dit, la norma civil s'absté de complir el seu rol natural, com a regulació supletòria a falta de pacte, i restringeix a l'autoregulació el règim que escaigui aplicar

4. Miquel MARTÍN-CASALS, «El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿un nuevo derecho fundamental?», *InDret*, núm. 3/2013, p. 39, arran del comentari de la STC 93/2013, fa evident la contradicció entre el tractament dels convivents en parella estable com a estranys quant a la regulació dels conflictes que origini la convivència i la seva consideració com a família.

a la parella estable durant la convivència. Arran d'aquesta opció legislativa, no existeix la possibilitat d'aplicar analògicament la regulació sobre les unions matrimonials a les parelles estables a l'empara de l'article 4.1 de la Constitució espanyola (CE), atès que no hi ha llacuna que ho justifiqui, sinó voluntat de diferenciar el règim d'unes unions afectives i el de les altres. Així ho han assenyalat de manera erràtica la jurisprudència menor⁵ i puntualment el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) en sentències com la que és objecte de comentari (la STSJC 5/2020).⁶ També el Tribunal Constitucional ha establert que es tracta de relacions afectives diferenciades i, per tant, no assimilables (Sentència del Tribunal Constitucional [STC] 93/2013, de 23 d'abril), des d'un posicionament que relaciona el dret a la convivència anòmica en parella⁷ amb el lliure desenvolupament de la personalitat, protegit per l'article 10 CE.

Per tant, l'autoregulació és l'únic recurs que la norma reconeix per a resoldre conflictes que sorgeixin durant la convivència quan no hi hagi una previsió legal directa o una remissió a la regulació de les relacions matrimonials; l'autoregulació, però, és una mera possibilitat que en força casos no es materialitzarà en acords expressos. Més en concret, en el context de les adquisicions oneroses pels convivents, aquests

5. Les SAPB 405/2019, de 16 de maig (AC 664), i 296/2019, de 7 de maig (JUR 165374), exclouen taxativament el recurs a l'*analogia legis*, però, en canvi, la SAPB 258/2017, de 17 de maig (AC 992), exclou l'analogia justament per a inaplicar la presumpció de l'art. 232-3.1 CCCat a partir de la consideració que els adquirents ni tan sols formaven una parella estable en el moment de l'adquisició: «En el presente caso, no es posible apreciar la igualdad o similitud jurídica esencial con el supuesto previsto en el artículo 232.3.1 del Código civil de Cataluña, para las adquisiciones a título oneroso durante el matrimonio, por cuanto, en este caso, en el momento de la entrega de los 42.100 €, realizada por el actor a la demandada, con fechas de 21 de julio y 20 de octubre de 2010, las partes ni siquiera integraban una pareja estable, en la definición del artículo 234.1 del Código civil de Cataluña, según el cual dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública. En el presente caso, en el momento de la entrega de los 42.100 € no concurría ninguno de los supuestos del artículo 234.1 del Código civil de Cataluña para que el demandante y la demandada pudieran ser considerados una pareja estable, no habiendo clara constancia tampoco de que, posteriormente, las partes llegaran a adquirir la condición de pareja estable, antes de la ruptura de la convivencia en julio de 2012, por lo que, en cualquier caso, tampoco procede la aplicación analógica de la presunción del artículo 232.3.1 del Código civil de Cataluña». Aquesta última argumentació sembla introduir la procedència de l'aplicació analògica en el cas que, efectivament, els adquirents formin una parella estable en el moment de l'adquisició.

6. I, d'altra banda, de manera reiterada ho ha considerat la jurisprudència del Tribunal Suprem en el context d'aplicació d'un ordenament, l'estatal, que no preveu regulació civil sobre les parelles estables. Vegeu les sentències del Tribunal Suprem (STS) 17/2018, de 15 de gener (RJ 76), 713/2015, de 16 de desembre (RJ 5887), 1040/2008, de 30 d'octubre (RJ 404), i 611/2005, de 12 de setembre (RJ 714).

7. Expressió emprada per Miquel MARTÍN-CASALS, «El derecho a la “convivencia anómica en pareja”», p. 28, en comentar la sentència.

acords són infreqüents i adquireix una rellevància especial l'existència d'acords tàcits⁸ —i renunciés, també tàcites—, que no són altra cosa que els que resulten dels actes propis observats durant la convivència (art. 111-8 CCCat).⁹ Precisament l'apreciació d'un pacte tàcit de renúncia a reclamar els imports satisfets per un convivent durant la convivència per a l'amortització del préstec contractat per ambdós per al pagament del cost de rehabilitació de l'habitatge en condomini, és el que fa que la segona de les sentències del TSJC esmentada en la introducció, la STSJC 3/2020, de 30 de gener (RJ 4332), desestimi la pretensió de reembossament, de manera que són només procedents els reintegraments de les quotes amortitzades un cop ha cessat la convivència.¹⁰ Per les raons que exposarem tot seguit, ens sembla més adequada la solució que resulta d'aquesta segona sentència i que contrasta amb la que resulta de la primera (STSJC 5/2020).

1.2. ELS INTANGIBLES EN LES RELACIONS DE PARELLA MATRIMONIALS O NO

De la mateixa manera que s'ha qüestionat l'aplicació de les normes sobre responsabilitat civil en contextos familiars, hem de considerar que les mateixes raons que es prenen en consideració per a fer aquests posicionaments, com són les característiques

8. S'hi refereixen Judith SOLÉ RESINA, «La regulación de las parejas estables del Código civil de Cataluña a la luz de la STC 93/2013», a Manuel CUADRADO IGLESIAS i María de los Desamparados NÚÑEZ BOLUDA (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Madrid, Wolters Kluwer España, 2015, p. 1908, i Jaume TARABAL BOSCH, «Comentari a l'art. 234-3 CCCat», a Joan EGEA FERNÀNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.) i Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 552.

9. Àngel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 462 i 463, assenyala que no escau distingir entre renúncia tàcita, pel fet que el tràfic jurídic permeti atribuir a l'acte el sentit d'una declaració de voluntat, i la regla *venire contra factum proprium*, quan l'acte precedent no equival a una declaració però obliga igualment en virtut de les exigències de la bona fe: «Si se eliminara la segunda técnica, siempre se podría imputar una declaración de voluntad resultante de una conducta significativa creadora de apariencia. Y si se eliminara del repertorio legal la doctrina de las renunciaciones unilaterales vinculantes, toda renuncia tácita podría calificarse como acto propio vinculante de la conducta posterior».

10. El Tribunal raona que «el exceso abonado por la demandante debe analizarse en el presente supuesto desde la perspectiva que plantea el apelante, y es la existencia de una convivencia *more uxorio* entre los litigantes. El art. 234-3 del CCCat dispone en su nº1 que las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos entre los convenientes, mientras dura la convivencia. Por el contrario, lo que sí tenemos es una contribución continuada y exclusiva, desde un inicio, por parte de la demandante a la satisfacción del crédito solicitado por ambas partes, lo que resulta revelador de un pacto tácito ("facta concludentia") en la forma de contribución a los gastos comunes de la convivencia. Asimismo, si ello es así durante la convivencia, no ocurre lo mismo tras su cese, pues, producida la separación, los pagos de la hipoteca ya no vienen compensados con aportaciones del otro miembro de la pareja, por medio de trabajo o de atención a otros gastos, por lo que sí constituyen cantidades reembolsables».

particulars de la relació familiar que genera vincles de solidaritat entre els components de la unitat familiar, es poden tenir en compte pel que fa a reclamacions patrimonials com les que examinen les sentències esmentades. Com hem dit, a més, les decisions patrimonials en l'àmbit familiar no poden rebre un tractament aïllat, atès que sovint una determinada decisió patrimonial és precedida o seguida de l'observació de determinades conductes que les justifiquen i que s'han practicat, per exemple, en consideració a un desplaçament patrimonial concret. En aquest sentit, si la parella estable constitueix una modalitat de família, la comunitat de vida que s'origina haurà de tenir rellevància a l'hora de valorar la causa d'un determinat desplaçament patrimonial entre els convivents.

1.2.1. *El potencial desordre patrimonial en el context d'una relació de parella versus l'estratègia econòmica personal*

La necessitat d'aplicar estratègies de comportament econòmic en matèria de relacions de parella ja fa anys que es va posar de manifest sobretot arran de la introducció del divorci acausal.¹¹ Aquestes estratègies són especialment rellevants en relacions de parella de llarga durada o en què s'hagin esdevingut circumstàncies que hagin palesat una col·laboració especial entre els convivents o una dedicació familiar especial, sobretot en aquells casos en què la legislació no pren en consideració certs intangibles de les relacions de parella o no considera el perjudici associat a certes dinàmiques familiars socialment esteses —el legislador sí que les considera quan regula institucions com la compensació per raó de treball.

Sembla clar que, en el context de les parelles estables, el desordre econòmic natural, referit a la comunicació d'actius patrimonials entre convivents i a les contribucions que un pugui fer per a satisfer determinats deutes o despeses que es compensin amb les que pugui fer l'altre, i que molt fàcilment pot ser el resultat d'aquesta comunitat de vida i de la confiança entre els membres de la parella, s'ha de valorar sempre amb la previsió d'una ruptura futura i, per tant, els convivents es veuen forçats a desplegar una estratègia econòmica reforçada i a protegir-se de l'altre convivent de manera molt més decidida que si els unís un vincle conjugal. En aquest sentit, la STSJC 5/2020, de 6 de febrer, prescindeix absolutament del context de l'adquisició i, a més, com veurem tot seguit, prescindeix també dels inequívocs actes propis oposables al convivent que exercita ulteriorment l'acció de reintegrament amb palesa mala fe. Aquest últim aspecte pot haver estat condicionat pels arguments jurídics utilitzats per a la defensa de la part demandada. En tot cas, considerem que aquest plantejament no

11. És una referència obligatòria el treball de Lloyd COHEN, «Marriage, divorce, and quasi rents or I gave him the best years of my life», *The Journal of Legal Studies*, vol. 16, núm. 2 (juny 1987), p. 267 i seg.

és encertat i que necessàriament els conflictes patrimonials entre convivents s'han de contextualitzar en la relació de parella que uneix els intervinents.

1.2.2. *Relacions afectives, ruptura i actes propis*

Com hem assenyalat, la relació continuada entre cònjuges i convivents dona lloc a un context que propicia una comunicació d'afectes i interessos i la reiteració de conductes que generen confiança en la fiabilitat i consistència del comportament observat anteriorment amb la significació inequívoca que demana l'article 111-8 CCCat. Podríem argumentar, no obstant això, que la vinculació afectiva especial entre l'agent i el perjudicat pel comportament posterior que és objecte de qualificació en vista de la doctrina dels actes propis, desvirtua l'aplicació d'aquesta doctrina si és al·legada fora d'aquell context. És a dir, les actuacions observades no poden ser examinades i qualificades segons el caràcter vinculant d'un comportament coherent atesa la pròpia naturalesa de la relació entre els subjectes intervinents, sobretot pel fet que l'actuació s'emmarca en una comunitat de vida orientada a l'interès comú: un determinat comportament convergent troba la seva coherència mentre es manté la relació de parella, però no pot ser oposat un cop aquesta relació es trenca.

Admetem plenament la validesa de la premissa exposada, però recordem un moment la seqüència de fets que s'esdevé en el cas que dona lloc al recurs de cassació resolt per la STSJC 5/2020: l'any 2001 els convivents inicien la convivència en parella, fruit de la qual neix una filla; l'any 2004 adquireixen a parts iguals indivises un habitatge on estableixen el domicili familiar i el preu se satisfà amb diners privats d'un dels convivents; l'any 2008 contreuen matrimoni i es divorcien el 2012. En el marc del procediment de divorci, els cònjuges obtenen l'aprovació d'un conveni regulador que, en relació amb l'habitatge adquirit, estableix que pertany de manera proindivisa a ambdós, que es troba actualment en venda i que hi resideixen tots dos juntament amb la filla que tenen en comú. L'any 2013 els excònjuges venen l'immoble a una tercera persona per 140.000 € i es reparteixen a parts iguals el preu percebut. L'any 2017 l'exconvivent/excònjuge que havia satisfet la integritat del preu en la compravenda del 2004 demanda l'altre exconvivent/excònjuge en reclamació del preu percebut per aquest en la venda posterior (2013).

La doctrina dels actes propis pressuposa l'existència d'una conducta prèvia de la persona que posteriorment és contravinguda amb una nova actuació que qualifiquem d'incoherent i que lesiona l'expectativa legítima que la conducta antecedent ha generat en un tercer. Aquesta conducta prèvia ha de tenir una expressió consistent i és per això que s'usa el plural a l'hora de referir-se a l'actuació del subjecte i que s'incideix en l'autodeterminació de l'actuació que es reitera. No ens serveix un acte aïllat o actes que no es puguin connectar per a expressar, en conjunt, una conducta amb significa-

ció inequívoca, definitiva i concloent¹² que sigui oposable a l'agent per a impedir que prosperi una pretensió ulterior amb la qual aquella conducta es mostra contradictòria. Es tracta d'una manifestació concreta del principi de la bona fe a la qual el legislador català va voler donar un tractament independent.

Segons el que comentem, no podem ser categòrics respecte a la manca de reclamació en el moment de l'adquisició ni durant la convivència, en parella estable o matrimonial, tot i que és una dada que cal tenir en compte, però sí respecte del moment en què els exconvivents «liquiden» l'entramat de relacions mantingudes i inicien una nova etapa personal i patrimonial de manera absolutament independent, i, encara més, respecte al moment en què el bé adquirit per ambdós amb fons d'un dels convivents es ven a un tercer i els venedors es reparteixen el preu, sense cap reclamació concurrent ni reserva per part del convivent contribuent dirigida al no contribuent arran de la percepció per aquest del preu obtingut. A aquestes dues actuacions s'afegeix la manca de tota reclamació durant els quatre anys —quatre!— posteriors a la venda de l'immoble, moment en què, per primer cop, el contribuent reclama al no contribuent el reintegrament d'importos retinguts indegudament per aquest. La conjunció d'actuacions relacionades porta a concloure que la situació jurídica del no contribuent estava plenament consolidada en el moment de la reclamació i que, per tant, la reclamació entaulada, que sorprenentment va reeixir, resultava palesament contradictòria i incoherent amb l'actuació mantinguda fins a aquell moment.

La significació dels actes del convivent contribuent es posa en relació amb tres moments especialment rellevants: el moment de l'adquisició, el moment de la regulació dels efectes de la ruptura i el moment de la venda de l'immoble. Fins i tot si descartem el primer, la passivitat llargament observada després de la venda hauria d'haver reblat la posició del convivent no contribuent. Afegim, a més, que els acords que van assolir en el procediment de ruptura van estar, de ben segur, condicionats per la consideració de la venda de l'immoble, situació a la qual s'al·ludeix en el conveni regulador —l'immoble està posat a la venda—, i que el convivent finalment obligat a reintegrar el preu obtingut per l'alienació posterior hauria adoptat estratègies diverses si hagués considerat l'eventualitat de la reclamació ulterior.

12. Antoni VAQUER ALOY, «Comentari a l'art. 111-8 CCCat», 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. 280 i seg.

2. APLICACIÓ DE LA DESVINCULACIÓ ENTRE LA PROCEDÈNCIA DE LA CONTRAPRESTACIÓ I LA TITULARITAT DELS BÉNS ADQUIRITS PER CONVIVENTS EN PARELLA ESTABLE I INAPLICACIÓ DE LA PRESUMPCIÓ DE DONACIÓ DE LA CONTRAPRESTACIÓ

L'article 232-3.1 CCCat, amb un resultat patrimonial equivalent al seu precedent derivat d'aplicar l'article 39 CF, encara que amb el recurs a presumpcions distintes,¹³ estableix que els béns adquirits durant la vigència del règim de separació de béns pertanyen a qui consti com a titular, i si es prova que la contraprestació procedia de l'altre cònjuge, es presumeix la donació de la contraprestació.

La contraposició habitual de la regla relativa a la prevalença de la titularitat formal continguda en aquest precepte es fa en relació amb el principi de subrogació real en consideració a la procedència de la retribució,¹⁴ principi propi dels règims de comunitat (art. 232-2c CCCat). Es tracta d'una norma en matèria de regulació econòmica matrimonial de separació de béns complementària de les normes precedents, els articles 232-1 i 232-2 CCCat.

L'article 232-3.1 CCCat conté dues regles: la que acull el principi de titularitat formal —«els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular»— i la que proveeix una presumpció sobre la causa del desplaçament patrimonial si es prova que la contraprestació satisfeta, del tot o en part, no procedia del cònjuge adquirent —«Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació»—, i que principalment representa una excepció a la regla general d'acord amb la qual la donació —o, més genèricament, l'ànim liberal— no es presumeix.

En tot cas i pel que aquí ens interessa, el contingut normatiu del precepte es concentra en la seva segona part, la presumpció, atès que la primera part resulta força supèrflua i per això, com veurem, és aplicable sense cap dificultat a les parelles estables.

2.1. TITULARITAT FORMAL I ABAST DE LA DESVINCULACIÓ

Com acabem d'assenyalar, la regla de la titularitat formal resultaria innecessària si no fos perquè es contextualitza en les relacions entre cònjuges i serveix per a esta-

13. LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació. Els articles 232-3 i 4 del Codi civil de Catalunya», *InDret*, núm. 4/2011, p. 8 i seg.

14. ALBERT LAMARCA MARQUÈS, «Comentari a l'art. 232-3 CCCat», a JOAN EGEA FERNÀNDEZ i JOSEP FERRER RIBA (dir.) i ESTHER FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 218 i seg.

blir, tot seguit, la presumpció de donació de la contraprestació per al cas que s'acrediti que el preu es va pagar amb diners, del tot o en part, procedents del cònjuge no adquirent o no adquirent en exclusiva.¹⁵ Finalment i sense perjudici de la prova en contrari sobre la causa liberal del desplaçament de la contraprestació del patrimoni del no adquirent al patrimoni de l'adquirent, resulta que la contraprestació per a l'adquisició es fa amb diners o béns procedents de l'adquirent: o bé perquè d'inici aquests diners o béns integren el seu patrimoni, o bé perquè l'han integrat arran de la donació de l'altre cònjuge.

La desvinculació entre el patrimoni que ha sufragat l'adquisició i el patrimoni en què l'adquisició ingressa, se circumscriu a les adquisicions oneroses durant el matrimoni, però podem plantejar-nos si, més enllà d'aquest supòsit concret, es pot presumir l'ànim liberal respecte de qualsevol altre negoci conclòs entre els cònjuges o en què s'hagin esdevingut desplaçaments patrimonials, paradigmàticament en el cas de pagaments per un cònjuge d'obligacions concretes per l'altre. S'ha suggerit, així, si, més enllà dels termes estrictes de la norma, és possible apreciar un principi general de liberalitat en els desplaçaments patrimonials que afectin els patrimonis dels cònjuges, per exemple, en el cas que un cònjuge pagui el deute a què s'ha obligat l'altre, si bé s'assenyala que la finalitat de la norma és la determinació del patrimoni propi de cada cònjuge i que aquesta no persegueix la previsió de cap altra comunicació patrimonial.¹⁶

La regla de la titularitat formal serveix també, encara que no és l'objectiu de la norma, per als supòsits d'adquisicions fiduciàries, que sí que es plantegen en cas d'adquisició de la titularitat exclusiva per un dels cònjuges.¹⁷ Complementàriament, tindrà impacte en les normes de computació patrimonial per a la determinació de la compensació per raó de treball: d'acord amb l'article 232-6.1b CCCat, la donació

15. L'art. 232-3.1 CCCat proposa el cas més extrem: quan el cònjuge no adquirent suporta la totalitat del cost de l'adquisició i l'altre cònjuge aconsegueix l'adquisició en exclusiva del bé, però és clar que també s'aplica a supòsits de contribució per sobre del preu que es correspondria amb el valor de la quota adquirida, que, a més, són els que a la pràctica tot sovint es plantegen.

16. Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ, «Pago de tercero y liberalidad», a María Ángeles EGUSQUIZA BALMADEA i Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (dir.), *Tratado de liberalidades: Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 1172 i seg. De manera més matisada ho planteja també Lúcia ARNAU RAVENTÓS, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació», p. 15 i seg., que assenyalava, com s'ha dit en el text, que si bé la finalitat del precepte és la determinació de la composició patrimonial de cada cònjuge, la incorporació de la presumpció incideix en l'àmbit de les relacions entre cònjuges, atès que altrament n'hi hauria hagut prou amb preveure únicament la regla de la titularitat formal: «En aquestes circumstàncies, i més enllà de l'argument de l'estricta i rigorosa literalitat de l'art. 232-3.1 CCCat, es fa difícil justificar la no aplicació d'aquella mateixa presumpció a tot supòsit de transmissió de béns entre cònjuges, amb independència de que allò que s'hagi transmès s'emperi o no a propòsit d'una altra adquisició i, en especial, a fi de satisfer el seu preu o contraprestació».

17. Interlocutòria 26/2019, de 21 de febrer (RJ 981), o SAPB 812/2017, de 30 de novembre (JUR/2018/19310).

que es presumeix per aplicació de l'article 232-3.1 CCCat se sumará al patrimoni del cònjuge contribuent i, alhora, per aplicació de l'article 232-6.1c CCCat, es restará del patrimoni del cònjuge que no ha contribuït al pagament del preu,¹⁸ si bé el valor de la contribució s'imputará al pagament del crèdit en la compensació *ex* article 232-6.2 CCCat a favor del no contribuent.

2.2. ÀMBITS SUBJECTIU, OBJECTIU I TEMPORAL D'APLICACIÓ DE LA NORMA

Des del punt de vista subjectiu, l'article 232-3.1 CCCat només resulta aplicable a adquisicions oneroses per cònjuges casats en règim de separació de béns. No s'aplica a convivents, ni a futurs contraents, ni tampoc a cònjuges sotmesos a un altre règim econòmic matrimonial.

Des del punt de vista objectiu, la norma s'aplica, com hem dit fa un moment, a adquisicions oneroses —no necessàriament com a resultat d'una compravenda, atès que la norma preveu expressament que la contraprestació se satisfaci amb béns—, però no s'aplica, en canvi, o almenys no de manera evident, a la satisfacció de la contraprestació que no serveixi per a una adquisició de béns. Tot i això, la contractació d'un servei amb fons del cònjuge que no contracta, comporta l'adquisició d'un crèdit —en definitiva, d'un bé— per a exigir el compliment de l'obligació i, per tant, malgrat que no sigui el supòsit típic en què està pensant la norma, caldria estendre-hi la seva aplicació.¹⁹ L'extensió no és tan senzilla, tret que extraïem l'esmentat principi general de gratuïtat, si allò que se satisfà serveix per al mer compliment d'una obligació.

Des del punt de vista temporal, les adquisicions s'han d'haver produït després de la celebració del matrimoni que resta sotmès al règim econòmic de separació de béns. Feta la delimitació temporal de l'àmbit d'aplicació de la norma, que només inclou les adquisicions posteriors a la celebració del matrimoni que resti sotmès al règim econòmic de separació de béns, ens plantejem si en els supòsits en què l'adquisició onerosa té lloc en els mesos anteriors a la celebració del matrimoni, tot i no ser possible l'aplicació de la presumpció de donació de l'article 232-3.1 CCCat, la causa liberal pot encaixar-se en una donació per raó de matrimoni extracapítular *ex* article 231-27 CCCat.²⁰ La conseqüència que se'n derivaria es relaciona amb un règim especial de

18. Vegeu la STSJC 49/2016, de 27 de juny (RJ 173443).

19. No, en canvi, a despeses associades a l'adquisició però que no formin part de la contraprestació, com les despeses per al lliurament del bé *ex* art. 621-15 CCCat. Vegeu LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació», p. 8.

20. RAFAEL VERDERA SERVER, «Algunas preguntas (y pocas respuestas) en torno a las donaciones por razón de matrimonio», a MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA i CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUEIRO (dir.), *Tratado de liberalidades*, p. 858 i seg., esmenta els quatre elements que, en relació amb la CE, identifiquen les donacions per raó de matrimoni: que es tracti d'una donació, que s'hagi efectuat abans de

revocació, però també serviria per a retenir l'enriquiment per sobrecontribució en el preu d'adquisició *ex* article 1901 CE. La consideració del matrimoni, que ha de ser un enllaç matrimonial concret, no sempre troba una expressió formal en l'acte de desplaçament patrimonial, però la doctrina ha considerat que s'hi poden incloure, a més dels habituals regals en llistes de noces o els obsequis associats tradicionalment a la promesa de matrimoni (anell, rellotge), les atribucions que tenen per finalitat proveir els contraents d'un habitatge o facilitar-los els mitjans per a adquirir-lo,²¹ i atès que aquestes donacions inclouen no només les donacions fetes per tercers a un o ambdós contraents, sinó també les que fa un contraent a l'altre, el preu satisfet de més en adquisicions oneroses fetes per un contraent a l'altre abans de la celebració del matrimoni i sempre que s'esdevingui amb una anterioritat inferior a un any, podria trobar una justificació liberal sense gaire dificultat. Tanmateix, la seqüència cronològica en el cas examinat en la STSJC 5/2020 no permetia recórrer a aquesta solució, atès que, si bé els convivents en parella estable finalment van contreure matrimoni, ho van fer quan havien transcorregut dos anys des de l'adquisició de l'immoble.

2.3. INAPLICACIÓ DE LA PRESUMPCIÓ DE DONACIÓ EN ADQUISICIONS ONEROSES PER CONVIVENTS EN PARELLA ESTABLE I RECURS A L'*ANALOGIA IURIS*

D'entrada, cal afirmar que la presumpció de donació prevista en l'article 232-3.1 CCCat no és aplicable a les adquisicions oneroses per convivents ni de manera directa, ni per remissió, ni per *analogia legis*. El resultat que s'hauria de desprendre d'aquest fet és que hauríem d'aplicar a aquestes adquisicions el mateix règim que temps enrere —abans de la reforma de la Compilació de dret civil de Catalunya (CDCC) del 1993 sobre l'article 21.2 CDCC, que va introduir per primer cop presumpcions de donació en el supòsit que examinem— aplicàvem als cònjuges i que, a parer de la jurisprudència, comportava el naixement d'un crèdit per a la restitució de l'import pagat de més.²²

la celebració del matrimoni, en consideració al matrimoni i en favor d'un o d'ambdós contraents. El tercer element es relaciona amb el motiu causalitzat del negoci i és el que justifica un règim diferenciat respecte al general de qualsevol donació. Ara bé, la prova d'aquest motiu causalitzat o causa matrimonial és molt difícil o, en canvi, innecessària si la fem desprendre de la concurrència dels altres elements. En el cas de les donacions capitulars, es diu que cal presumir la causa matrimonial, però en les extracapitulars, haurà de ser objecte de prova.

21. Maurici PÉREZ SIMEÓN, «Comentari a l'art. 231-27 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.) i Esther FARNÓS AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 187.

22. Vegeu la STSJC 9/1993, de 10 de maig (RJ 6323), que qualifica l'import pagat de més pel marit com «una espècie de anticipo por el esposo, que se traduce en una obligación pecuniaria de la mujer a su reembolso» i reitera que s'ha de «reconocer al demandado-reconviniente y contra su esposa un derecho de crédito, consecuencia del desembolso realizado a cuenta de su peculio, a modo de anticipo o préstamo,

Ara bé, malgrat que no sigui possible acudir via *analogia legis* a les normes que regulen el matrimoni, no hem d'excloure el recurs a aquestes normes o als principis que se'n desprenen, mitjançant l'analogia *iuris*.²³ No acaba de ser decisiu que el bé adquirit sigui l'habitatge familiar o un altre bé, però, en tots els casos que plantejem, és clara la voluntat d'adquirir-lo conjuntament, amb independència de quin sigui l'origen de la contraprestació. En aquest sentit, la raó de ser de l'article 232-3.1 CCCat és evitar litigis i reclamacions en l'àmbit familiar i, alhora, assumir que, malgrat la independència patrimonial que resulta de la caracterització del règim econòmic matrimonial de separació de béns *ex* article 232-2 CCCat i que és plenament coherent amb la inoperativitat de la subrogació real que la norma descarta expressament, la comunitat de vida que genera el vincle conjugal comportarà, en força supòsits, una actuació patrimonial també orientada a criteris de comunitat o de comunicació d'actius. La mateixa independència s'aplica a la determinació del patrimoni dels convivents durant la convivència i la comunitat de vida també identifica llur relació; així mateix, tampoc en matèria d'adquisicions per convivents opera el principi de subrogació real i la primera proposició del precepte els és també aplicable, per bé que ho és com a resultat del sistema general d'adquisició dels drets reals:²⁴ quan dos convivents, durant la convivència, adquireixen un bé, també concloem que el bé pertany a qui consta com a titular; i, d'altra banda, també podem convenir fàcilment que, en cas de manca de títol, els béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar pertanyen a parts iguals a ambdós convivents, per aplicació de les regles generals sobre possessió

que produce como único efecto el generar una deuda pecuniaria a cargo del cónyuge favorecido, con lo que se evita una situación de evidente enriquecimiento injusto que de otro modo se produciría». En el mateix sentit, vegeu la STSJC 2/1994, de 31 de gener (RJ 4587). Sobre les qüestions de dret transitori relatives a la introducció de la norma que presumeix la donació, consulteu la STSJC 2/1998, de 5 de març (RJ 10049).

23. Ens serveix per a aquesta argumentació el raonament emprat per Josep Maria FONTANEL·LAS MORELL, «Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el dret internacional privat espanyol», a Josep Maria MARTINELL i M. Teresa ARECES (ed.), *Uniones de hecho*, Lleida, Edicions Universitat de Lleida, 1998, p. 243 i seg., per a determinar la norma de conflicte davant l'anomia, que encara avui, més de vint anys després, persisteix en matèria de llei aplicable a les parelles estables, que requeririen un tractament conflictual autònom, atès que es tracta d'una regulació reservada a la competència exclusiva de l'Estat *ex* art. 149.1.8a CE —el Tribunal Constitucional ha tingut ocasió de declarar la nul·litat de la norma de conflicte continguda en un llei autonòmica sobre aquesta matèria en resoldre el recurs contra la Llei foral de Navarra 6/2000, de 3 de juliol, per a la igualtat jurídica de les parelles estables: STC de 23 d'abril de 2013, RTC 2013/93—. L'autor argumenta que si bé no escau aplicar via *analogia legis* les normes de conflicte previstes per a les unions matrimonials, es poden aplicar els mateixos punts de connexió previstos per a aquestes en virtut del principi de personalitat del dret o principi de la llei nacional, que, defectivament, recorre a la llei de la residència i sobre el qual també es basa l'ordenació conflictual del matrimoni.

24. Així ho fa notar Lúdia ARNAU RAVENTÓS, «Adquisicions oneroses i titularitats dubtoses en el règim de separació», p. 4, que incideix en el fet que el primer precepte de la norma «es pot predicar de la mateixa manera i amb idèntica repercussió en cas d'adquisicions no oneroses o d'adquisicions al marge de tot context matrimonial».

(art. 522-1.1 CCCat en relació amb l'art. 232-3.2 CCCat); en canvi, la titularitat formal d'aquest últim tipus de béns sembla que hauria de conduir al manteniment del que resulti del títol. Novament, respecte d'aquest darrer supòsit semblaria adequat aplicar la norma a partir del principi que resulta de la comunitat de vida assumida i practicada pels convivents. D'altra banda, l'existència d'una norma que faciliti una presumpció no comporta necessàriament, encara que sí tendencialment, que fora del seu àmbit d'aplicació escaigui aplicar la solució contrària a la que determina l'aplicació d'aquella presumpció. La interpretació *a contrario sensu* demana que es compleixin un seguit de requisits quant a la implicació positiva i negativa de la norma.²⁵

2.4. PAGAMENT D'ALLÒ INDEGUT O PENEDIMENT DEL DESPLAÇAMENT LIBERAL REALITZAT?

Si no és aplicable l'article 232-3 CCCat, considerat el seu pressupòsit fàctic, i si el supòsit de fet tampoc no permet reconduir el desplaçament patrimonial a la donació per raó de matrimoni extracapítular, ja sigui per manca de proximitat temporal i de context entre la transmissió i la celebració del matrimoni, ja sigui perquè ens trobem davant un desplaçament entre convivents sense cap horitzó matrimonial, cal partir d'una constatació força elemental: l'ànim liberal no es presumeix i, per tant, a falta d'una presumpció legal que inverteixi la càrrega de la prova (com la que conté l'esmentat art. 232-3 CCCat en relació amb l'art. 217.6 LEC), és qui manifesti que el desplaçament obeeix a la liberalitat de qui va aportar la contraprestació qui té la càrrega de provar l'ànim liberal. I això és així no tant en aplicació de l'article 217.1 LEC, que no precisa concretament la càrrega de la prova i que en el cas que examinem podria significar atribuir a qui reclama el reembossament, com a demandant, la prova del caràcter oneros del desplaçament patrimonial, sinó més aviat en aplicació del criteri interpretatiu que s'extreu de l'ordenament i que, entre d'altres, resulta de la forma que acompanya el negoci liberal paradigmàtic, com ara la donació (art. 531-12 i 531-13 CCCat), a fi que la transmissió vagi precedida d'una reflexió especial, de les restriccions o limitacions que s'imposen als negocis abdicatius (art. 231-20.3 i 236-27.1e CCCat), o de la interpretació *a contrario sensu* de normes com la continguda en l'article 232-3 CCCat, que porta a concloure que la causa liberal és excepcional en les relacions econòmiques.

Tanmateix, la vinculació afectiva entre els titulars dels patrimonis respectius no és una dada irrellevant per a determinar l'ànim liberal que motiva el desplaçament

25. Vegeu Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, «La interpretación “a contrario” de disposiciones jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34 (2018), p. 440 i seg.

patrimonial (Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona [SAPB] 383/2009, de 28 de juliol; JUR 464094), encara que no es pot considerar tampoc que sigui determinant,²⁶ tal com resulta del dret de reembossament reconegut amb caràcter general en matèria de liquidació de la societat de guanys (art. 1358 CE). Es compliria en aquests casos la relació d'imputació entre enriquiment i empobriment que exigeix la procedència de l'acció, atès que un convivent s'ha enriquit a costa de l'altre, que voluntàriament ha realitzat el desplaçament patrimonial sense una causa —la liberal, bàsicament— que ho justifiqui. Aquest és el supòsit típic amb què identifiquem més fàcilment la institució de l'enriquiment injustificat.²⁷ De tota manera i com dèiem, la relació de parella, matrimonial o no, no és un factor irrellevant a l'hora de valorar la causa liberal, i això es fa palès en el tractament homogeni que es dona als efectes de la ruptura de parella en matèria d'ineficàcia de les atribucions successòries —liberals— en l'article 422-13 CCCat.

Gosem afirmar que en la majoria de casos com els descrits, el que hi ha, més que manca d'ànim liberal per part del convivent que paga un preu per sobre del que es correspon amb la seva quota en la cotitularitat d'un bé adquirit per ambdós, és penediment per haver dut a terme un desplaçament liberal. Resulta simptomàtic que només en cas de ruptura de la parella s'esdevinguin reclamacions d'imports satisfets, i és que aleshores, i només aleshores, aquests semblen més indeguts que mai als ulls de qui ha deixat enrere la relació i l'afecte que motivava l'atribució. I, de fet, aquest és el mateix raonament pel qual el legislador, de manera certament paternalista, estableix la ineficàcia de les atribucions successòries en cas de ruptura sobrevinguda de la parella en l'article 422-13 CCCat que hem esmentat fa un moment.

Examinat des d'aquesta perspectiva, més que la reclamació d'un import pagat indegudament per un convivent amb motiu de l'enriquiment injustificat de l'altre (art. 1901 CE), que és com sembla que s'han de revestir les reclamacions que es plantegen per a recuperar la contribució excessiva en el preu d'adquisició o directament el pagament per un tercer de part del preu tant si es van obligar a pagar-lo mancomunadament com a fer-ho solidàriament (art. 1158 CE),²⁸ el que hi ha realment és una revocació d'una atribució liberal sense causa que l'empari —la crisi de parella només és motiu d'ineficàcia d'una atribució liberal si es tracta d'una donació en capítols *ex*

26. Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ, «Pago de tercero y liberalidad», p. 1175 i seg.

27. Vegeu Ferran BADOSA COLL, «El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto», a Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 121 i seg. Vegeu també Juana MARCO MOLINA, «L'enriquiment injustificat», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1 (2015), p. 27 i seg., sobre la caracterització de la manca de causa o de fonament per a retenir el valor obtingut arran del desplaçament patrimonial.

28. El préstec que de vegades es pretén, no el veiem per enlloc, atès que finalment la tipicitat contractual s'ha d'expressar d'alguna manera en el moment de la pretesa contractació, i el tipus préstec mai no aflora en supòsits com el que examinem.

article 231-16 CCCat o si la revoca el cònjuge de bona fe en cas de declaració de nul·litat *ex* article 231-29a CCCat.

En tot cas, les argumentacions sobre la prova de l'ànim liberal són, si més no, erràtiques i tenen en compte, fent ús de les presumpcions judicials *ex* article 286 LEC, consideracions molt diverses. Resulta especialment curiós que en uns casos es negui l'existència d'ànim liberal perquè aquest s'ha de provar i no resulta aplicable una presumpció com la que estableix l'article 232-3.1 CCCat (SAPB 296/2019, de 7 de maig [JUR 165374], o SAPB 284/2015, de 29 de juny [JUR 228444]), i, en d'altres, aquest ànim liberal s'exclouï perquè en el moment del desplaçament patrimonial les parts no formaven ni tan sols una parella estable (SAPB 258/2017, de 17 de maig [AC 992]).

D'altra banda, apreciem una similitud de circumstàncies respecte d'altres desplaçaments patrimonials esdevinguts en contextos familiars en què tampoc no existeix cap norma que proveeixi una presumpció de liberalitat; per exemple, el desplaçament de diners d'un pare a les filles per tal que aquestes adquireixin un habitatge i que són reclamats pel pare molts anys després arran de desavinences posteriors. La reclamació de quantitats s'esdevé quan sorgeix un conflicte familiar equivalent a la ruptura de la parella estable i allò que era una donació evoluciona, sorprenentment, cap a un «préstec»; el motiu autèntic de la reclamació no és la manca d'ànim liberal que va acompanyar el desplaçament, sinó la discrepància familiar sobrevinguda que motiva el penediment del donant respecte a la donació pretèrita. Els aspectes que es destaquen en aquests casos a fi d'apreciar l'existència d'una liberalitat, a més del context familiar en què s'esdevé el desplaçament, són el fet que el lliurament dels diners es va fer espontàniament i, sobretot, el llarg temps transcorregut sense haver reclamat cap import, el qual es reclama per primer cop a conseqüència d'un conflicte familiar sobrevingut (SAPB 483/2007, de 5 de setembre [JUR 330808]).²⁹ És clar que altres indicadors també ajudaran a provar l'ànim liberal: per exemple, la comunicació d'uns actius i no d'altres, la manera de contribuir a les despeses familiars o la realització d'altres destinacions liberals, com ara l'atorgament de testament a favor del convivent. Tanmateix, creiem que la dada objectiva que principalment hem de tenir en compte és que la primera reclamació de reintegrament es planteja arran de la ruptura i, en el cas de la STSJ 5/2020, anys després d'haver-se obtingut el divorci.

29. Fonament jurídic 4t: «[...] sobre las circunstancias en que se produjo el pago del precio de la vivienda adquirida por sus hijas, que entregó “motu proprio”, sin previa solicitud de éstas, que en aquella época estaban solteras y residían en el domicilio familiar, unido al hecho de que durante todo el tiempo transcurrido desde que se formalizó la venta, hace más de nueve años, jamás les haya reclamado nada, y que esta reclamación no se haya producido hasta que la demandada ha instado la acción de división de cosa común frente a sus hermanas, y en un clima de disensión, cuando no de claro enfrentamiento con su familia, como se desprende de la contestación efectuada por aquéllas en el otro procedimiento, llevan a concluir que se trató de una donación que ahora se quiere revocar al margen de lo establecido en la ley».

2.5. DE LA NO PRESUMPCIÓ DE DONACIÓ A L'EXERCICI EXTEMPORANI DE L'ACCIÓ DE RECLAMACIÓ DELS DINERS ESMERÇATS: MANCA DE RESERVA DEL DRET AL REEMBOSSAMENT

Un cop assumit que, a falta d'una presumpció legal que faciliti la prova de l'ànim liberal, determinar l'existència d'un desplaçament liberal planteja dificultats, creiem que, en realitat, l'aspecte clau que hauria d'haver dut a una resolució de signe contrari a la que es conté en la STSJC 5/2020, de 6 de febrer, es relaciona amb el comportament observat pel convivent que posteriorment sol·licita el reembossament de la contraprestació: un comportament omissiu i reiterat, manifestat amb la manca de tota reserva sobre el dret de reembossament de les quantitats primer —en el moment de l'adquisició de l'immoble— aportades de més i després —en el moment de la venda de l'immoble— repartides a parts iguals, en el context d'una ruptura els efectes de la qual s'han incorporat a un conveni regulador en què uns pactes han condicionat els altres i en què determinades concessions poden estar fortament supeditades a decisions patrimonials ben rellevants, com la venda de l'immoble que va constituir l'habitatge familiar.

Per tant, tot i que estem convençuts que va ser l'ànim liberal el que va moure un convivent a satisfer la totalitat del preu per a l'adquisició del bé en comunitat, la qüestió es podia resoldre a favor del convivent no contribuent tot admetent que no es presumeix l'ànim liberal i que, no obstant això, el convivent contribuent queda vinculat per la conducta observada prèviament i de manera reiterada. Aquesta conducta, generadora d'una expectativa legítima, hauria hagut de resultar impeditiva de l'exercici del dret a ser reembossat per part de qui restava vinculat per la situació creada que estava obligat a respectar i que ja no podia alterar.³⁰

30. Una qüestió similar, tot i que en un context familiar conjugal i, per tant, no en l'àmbit de les relacions entre convivents en parella estable, s'ha plantejat recentment arran de la doctrina jurisprudencial dictada a l'entorn de l'aplicació de l'art. 1358 CE. Aquest precepte reconeix expressament el dret de reembossament de les quantitats aplicades per a l'adquisició de béns privatis o *gananciales* quan, per la raó que sigui, la titularitat del bé no ha estat el resultat de l'aplicació del principi de subrogació real que regeix en aquest tipus de règim econòmic matrimonial (art. 1346.3r i 1347.3r CE o 1354 CE, entre d'altres). La discussió s'ha centrat a determinar si, malgrat l'existència d'un dret legalment reconegut per a obtenir el reembossament de les quantitats aplicades, calia fer-ne la reserva en el moment de l'adquisició a fi de poder-lo exercitar en el moment de la liquidació del règim. El TS ha considerat que aquesta reserva no és pressupòsit de l'exercici ulterior del dret i que el reembossament és exigible sempre que no s'hi hagi renunciat expressament. Vegeu les STS 295/2019, de 27 de maig, del Ple (RJ 2143), 415/2019, d'11 de juny (RJ 2797), 657/2019, d'11 de desembre (RJ 5212), 78/2020, de 4 de febrer (RJ 80), 87/2020, de 6 de febrer (RJ 326), 138/2020, de 2 de març (RJ 599), 571/2020, de 3 de novembre (RJ 4213), 454/2021, de 28 de juny (RJ 3039), i la Interlocutòria de 10 de febrer de 2021 (JUR 55765). El que ens interessa és que es plantegi la discussió encara que existeixi una norma que expressament reconeix un dret de reintegrament per la sobrecontribució en el preu d'adquisició d'un bé i, sobretot, que aquest dret de reintegrament s'hagi de fer valer

La manca de tota reclamació o de tota expressió de la reserva del dret a reclamar el reintegrament del preu³¹ —no només el de l'adquisició, sinó també el subrogat obtingut amb la venda posterior, qüestió que també sorprèn—, i no en un únic moment, sinó en tres moments temporals clarament diferenciats i amb una significació especial que hem referit en l'apartat 1.2.2, hauria d'haver implicat que la reclamació ulterior es qualifiqués d'improcedent en consideració a la inadmissibilitat d'una actuació incompatible —la de la reclamació del reintegrament— amb la conducta anterior del demandant —palesada amb l'absència reiterada de tota reclamació en moments en què esqueia haver-la plantejat—. De fet, fins i tot si únicament ens fixéssim en el llarg temps transcorregut entre la venda de l'immoble i l'exercici de l'acció de reintegrament, hauríem hagut de concloure sense gaire dificultat que la reclamació resultava extemporània i contrària a la bona fe.³²

En conclusió i sense poder valorar l'estratègia lletrada desplegada ni altres condicionants que no han transcendit en el relat dels fets recollits en la STSJC 5/2020, considerem que el fet que la presumpció de donació prevista en l'article 232-3.1 CCCat no sigui aplicable a les adquisicions oneroses de convivents, no condueix necessàriament a la procedència de l'acció de reintegrament del preu per qui no l'ha aportat en el moment de l'adquisició. En primer lloc, perquè si bé no és possible aplicar analògicament la norma a les unions estables, no ens podem sostreure al context familiar en què s'esdevé l'adquisició i que coadjuvarà a l'apreciació de l'ànim liberal que va justificar la contribució del no adquirent o del no adquirent en exclusiva, i a la consideració que, finalment, el que s'esdevé és un penediment per haver estat tan generós en un moment pretèrit. I, en segon lloc, perquè caldrà examinar quin ha estat el comportament observat pel convivent contribuent respecte a la reclamació del reintegrament i si aquest comportament permet qualificar de contradictòria o deslleial la reclamació ulterior.

en el moment de la liquidació de la societat de guanys. Vegeu sobre aquesta qüestió Àngel Luis REBOLLEDO VARELA, «Comentario al art. 1358 CE», a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, tom VII, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 9611 i 9613, i Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, p. 3063 i 3064. Algun autor s'ha mostrat crític amb la doctrina jurisprudencial que resulta de les sentències esmentades i ha manifestat que aquesta acció hauria d'haver estat precedida de la formulació d'una reserva del dret a reclamar, atès que altrament es contravé la doctrina dels actes propis. Vegeu Aquilino YÁÑEZ DE ANDRÉS, «Doctrina de los actos propios, reembolsos entre cónyuges y disolución de la sociedad ganancial, en las últimas sentencias del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 9496 (octubre 2019).

31. Sosté aquesta argumentació en relació amb les atribucions entre cònjuges pel que fa al pagament d'un tercer, Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ, «Pago de tercero y liberalidad», p. 1178 i seg.

32. L'estreta relació entre el principi de la bona fe, els actes propis i el retard deslleial en l'exercici dels drets és posada de manifest per Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, 2011, p. 66 i seg.

JURISPRUDÈNCIA
I
RESOLUCIONS

RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA.
COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
DEL 5 DE NOVEMBRE DE 2020.
L'ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE
PER RAÓ DE LA GUARDA

Rosa Barceló Compte
*Investigadora postdoctoral
Universitat de Barcelona*

1. RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA: COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL, PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA, USDEFUIT AMB FACULTATS DE DISPOSICIÓ I PRESCRIPCIÓ

D'entre les diverses resolucions dictades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) durant el període que va de l'octubre de l'any 2020 fins al juny del 2021, mereixen una menció especial la de 5 de novembre de 2020, a propòsit de l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per raó de la guarda, i les que a continuació se sintetitzen, sobre compensació econòmica per raó de treball, prestació compensatòria, usdefruit amb facultats de disposició en cas de necessitat i prescripció.¹

1. Aquest treball forma part del projecte PID2019-107195RB-I00, «Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos», les investigadors principals del qual són la Dra. Mariló Gramunt Fombuena i la Dra. Gemma Rubio Gimeno i que s'emmarca en les activitats del Grup de Recerca Consolidat Dret Civil Català i Dret Privat Europeu (2017 SGR 997).

1.1. COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 26 d'octubre de 2020 (RJ 2021/1019) incideix en el supòsit de fet que rodeja la compensació econòmica per raó de treball establerta per l'article 232-5 del Codi civil de Catalunya (CCCat). Se sap que la figura de la compensació reclama que un dels cònjuges hagi treballat per a la casa substancialment més que l'altre i que aquest darrer hagi obtingut, així, un increment patrimonial superior a l'obtingut per l'altre cònjuge en el moment de l'extinció del règim per divorci. La raó de ser d'aquesta figura és fer possible que un cònjuge participi, també en el règim de separació de béns, en els guanys (increment patrimonial, segons la terminologia del llibre segon del CCCat) obtinguts per l'altre durant la vigència del règim. En aquest cas, s'analitza especialment l'increment patrimonial que experimenta el Sr. C. durant els disset anys del seu matrimoni amb la Sra. M. La norma de l'article 232-6 CCCat, que fa referència a les regles de càlcul de la compensació, no demana explícitament la presentació d'un inventari, però el TSJC considera que, a fi de determinar la quantia de la compensació, és necessari que el reclamant d'aquesta faciliti a l'òrgan judicial tota la informació que sigui necessària per al seu càlcul. En aquest sentit, el TSJC recorda el caràcter dispositiu del dret civil i, en conseqüència, la no actuació d'ofici dels tribunals. Es fa palesa la necessitat d'elaborar un inventari que si bé no ha de respectar una formalitat determinada (es pot fer en el mateix cos de la demanda una relació dels béns que componen el patrimoni de cadascun dels cònjuges), sí que ha d'ajustar-se a les regles de càlcul del dit article 232-6 CCCat. Doncs bé, en el cas, l'únic bé que el Sr. C. té en el moment de l'extinció del règim és una llicència de taxi valorada en 134.115 euros (€). El TSJC cassa la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (SAPB) que revocava la decisió del Jutjat de Primera Instància núm. 45 de Barcelona, que concedia a la Sra. M., aquest sí, una compensació econòmica per raó de treball de 23.500 €, que confirma el TSJC.

La STSJC de 10 de desembre de 2020 també fa referència a l'article 232-6 CCCat, si bé en aquest cas els subjectes en qüestió són una parella estable. També la qüestió controvertida fa referència a la determinació de la quantia de la compensació econòmica per raó de treball reclamada en la demanda reconvençional promoguda per la Sra. S. Com ja hem vist, l'article 232-6.1 CCCat (aplicable també a les parelles estables per remissió de l'art. 234-9.2 CCCat) fixa les regles de càlcul que s'han de seguir en la determinació de la compensació basant-se no tant en la comparació entre els patrimonis inicial i final de cada cònjuge, tal com es fa en la liquidació del règim de participació en els guanys, sinó en la determinació del patrimoni efectivament guanyat per cada cònjuge o convivent durant la convivència i que conserva en el moment de l'extinció del règim o de la convivència. Així mateix i segons el principi de subrogació real, a fi de determinar el patrimoni final de cada un dels convivents cal que s'integrin en el patrimoni de cada cònjuge o convivent els béns ingressats a canvi o en substitució d'altres, sempre que se n'acrediti la traçabilitat total o parcial

entre el preu obtingut amb la transmissió del bé primitiu i el satisfet per a l'adquisició del subrogat.

1.2. PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA

La STSJC de 18 de gener de 2021 (JUR 2021/189216) cassa en part la SAPB i incideix en els motius estipulats per l'article 233-19 CCCat per a l'extinció de la prestació compensatòria establerta en forma de pensió. Així, queda palès que no es produeix una millora de la situació econòmica de la creditora que deixi de justificar la prestació, ni tampoc un empitjorament de la situació econòmica del deutor. A més, tampoc no es va fixar cap termini de venciment del pagament de la prestació i no s'acredita cap altre supòsit del dit article que avaluï l'extinció.

La resolució del recurs demana aplicar la disposició transitòria tercera del llibre segon del CCCat quan es mantenen els efectes de la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial decretats a l'empara de la legislació anterior a l'entrada en vigor del llibre segon, amb la possibilitat de modificar les mesures per circumstàncies sobrevingudes en aplicació de les normes vigents en el moment d'adoptar-les. Tanmateix, per tal de modificar la prestació compensatòria establerta d'acord amb l'article 233-18.1 CCCat, cal que s'acompleixi la causa que permet tal canvi i, establerta la prestació en forma de pensió, només podrà modificar-se per a disminuir-ne l'import si millora la situació econòmica de qui la percep o bé empitjora la de qui la paga.

El TSJC posa èmfasi a declarar que el fet de no fixar un termini temporal per a l'establiment de la prestació compensatòria no significa que aquesta fos atorgada amb caràcter indefinit ni impedeix, si escau, l'aplicació dels articles 233-18 o 233-19 CCCat. Tanmateix, per a declarar extingida la prestació compensatòria és necessari que es compleixi algun dels requisits previstos en les lletres *a-d* de l'article 233-19.1 CCCat. Tanmateix, el pas del temps no és una motiu *per se* per a declarar l'extinció de la prestació compensatòria, llevat que s'hagués pactat un termini, el venciment del qual comportaria, en aquest cas sí, l'extinció del dret.

La STSJC de 26 d'octubre de 2020 (JUR/2020/325118) estima el recurs de casació contra la sentència dictada en segona instància per l'Audiència Provincial de Barcelona que havia apreciat la reducció de la quantia de la prestació compensatòria a 350 € mensuals, enfront dels 864 € que pagava el deutor amb anterioritat. Així, la reducció a la baixa de la prestació compensatòria fixada en forma de pensió només es pot produir si millora la situació econòmica del creditor o empitjora la del deutor (art. 233-18.1 CCCat). L'únic canvi admès és en la quantia. El TSJC interpreta que aquest canvi quantitatiu de la pensió exigeix l'aparició de fets nous posteriors al moment en què existeix el desequilibri que justifica el reconeixement de la prestació; han d'ésser fets rellevants, amb efectes perdurables, que tinguin una vertadera incidència sobre la situació i que no s'hagin pogut preveure amb antelació per la sentència o pel

conveni regulador (arg. *ex art.* 233-7.2 CCCat). Finalment, el TSJC també considera que el creditor ha de procurar corregir el desequilibri econòmic que va permetre establir la pensió.

1.3. L'USDEFUIT AMB FACULTATS DE DISPOSICIÓ EN CAS DE NECESSITAT

La STSJC de 23 de novembre de 2020 (JUR/2021/199429) desestima el recurs de cassació interposat que pretenia que es declarés que el dret d'ús que cedeix un usufructuari amb facultats de disposició per al cas de necessitat (art. 561-23 CCCat) no s'extingeix amb la mort de l'usufructuari, sinó amb la de l'usuari a qui s'ha cedit.

En el cas, la Sra. B. va rebre com a llegat del seu marit:

[...] l'usdefruit i l'administració de tots els seus béns i drets mentre es mantingués en estat de viduitat, i la facultava perquè, com a usufructuària i en cas de necessitat apreciada segons la seva consciència, pogués vendre i gravar lliurement els béns de l'herència, i per poder, per actes intervius o *mortis causa*, triar hereus del testador.

Diu el TSJC que quan s'uneix la facultat dispositiva amb l'usdefruit no sorgeix un dret nou o diferent de l'usdefruit, sinó l'acoblament d'un poder dispositiu —limitat—, sense que quedi per aquestes facultats desnaturalitzat el dret d'usdefruit com a tal.

La Sra. B. havia cedit onerosament al seu fill, mitjançant un contracte privat, el dret d'usdefruit sobre determinades finques a canvi d'una contraprestació (el pagament de les despeses de conservació i dels impostos sobre les finques).

El títol de constitució (en aquest cas, el llegat) coincideix amb la voluntat del causant, que s'ha de respectar. Aquesta figura de l'usdefruit amb facultat de disposició permet donar satisfacció a la voluntat del testador de proporcionar al cònjuge supervivent uns mitjans de subsistència escaients sense privar els descendents de la propietat dels béns que integren el seu patrimoni, i com que la primera d'aquestes finalitats es pot veure a vegades compromesa, s'introdueix aquesta possibilitat de disposició, que no afecta, però, la naturalesa real del dret d'usdefruit. Les facultats dispositives de l'usufructuari deriven, doncs, de la voluntat del constituent de l'usdefruit, en aquest cas, el causant, qui va limitar la disposició al cas de necessitat —apreciada segons la consciència de la Sra. B.

El TSJC conclou que mentre no hi hagi normes que disposin una altra cosa, els drets i contractes que atorgui l'usufructuari en cas de necessitat s'extingiran amb la seva mort. Això és així perquè només en cas de necessitat es pot utilitzar la facultat de disposició (que legitima extraordinàriament per a alienar béns aliens). Per tant, el dret d'ús cedit per la usufructuària al seu fill s'extingeix en el moment de la mort

d'aquesta i, en conseqüència, no escau vincular permanentment el dret d'ús sobre el bé fins a la mort de l'usuari, ja que aquest dret d'ús s'haurà extingit amb la mort de la usufructuària.

1.4. TERMINIS DE PRESCRIPCIÓ I CÒMPUTS

La STSJC de 28 de gener de 2021 (JUR/2021/207296) incideix en la qüestió relativa al *dies a quo* del termini de prescripció. El recurs que l'origina pretenia que es declarés la prescripció del crèdit resultant de diferents compres realitzades en una joieria, atesa la data de la reclamació extrajudicial (març del 2015). L'objecte de la reclamació era el saldo deutor d'un conjunt de compres i d'un conjunt de pagaments a compte per part del deutor: en el full comptable del client constaven una despesa per un valor global de 37.402 € i uns pagaments a compte entre finals del 2009 i finals del 2014 d'un total de 24.130 €, operacions de les quals resultava un crèdit a favor de l'establiment de 13.272 €, que és la quantitat que el jutjat de primera instància va condemnar a abonar al consumidor a favor de l'empresa i que confirmà la Secció Dinovena de l'Audiència Provincial de Barcelona en el recurs d'apel·lació.

El TSJC assenyala que a fi de determinar el *dies a quo* en el còmput dels terminis de prescripció a Catalunya escau examinar si l'acció era objectivament exigible i si el creditor coneixia o podia conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamentaven i la persona contra la qual s'havia d'exercitar la dita acció. Així doncs, s'equipara el coneixement efectiu de les circumstàncies de l'acció amb la possibilitat raonable de coneixement, segons un estàndard mitjà de conducta diligent.

En el cas, cal determinar quan és exigible la pretensió, atès que la relació jurídica que l'origina està formada per un conjunt de compravendes de consum sotmeses a un termini indeterminat; el que es reclama no és el preu de determinades compravendes, sinó el saldo deutor que apareix en el compte del client, que recull les diverses operacions i els múltiples pagaments a compte del comprador. Per exemple, el preu d'un rellotge comprat el dia 31 d'octubre de 2009 no es va satisfer en el moment de la conclusió del contracte, sinó que simplement va passar a engrossir el deute global del compte del client.

El TSJC considera que, a fi d'entendre que s'inicia el termini de prescripció de l'article 121-23.1 CCCat, no només és necessari que la pretensió hagi nascut, sinó que cal que aquesta sigui jurídicament exigible. Si per acord entre les parts l'exigibilitat d'un crèdit se sotmet a termini, el còmput de la prescripció s'iniciarà una vegada acabat el termini; en un altre sentit, el deute no serà exigible.

La indeterminació del termini de compliment de l'obligació, habitual en les relacions contractuals de confiança, com és la del cas, origina un buit normatiu perquè fa possible la *perpetuatio obligationis* i perquè promociona la imprescriptibilitat de la pretensió. I és aquí on els tribunals interpretaran la voluntat contractual se-

gons els principis de la bona fe i l'honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat) amb la finalitat d'integrar el contracte. El TSJC es fa ressò dels *Principles of European Contract Law* (PECL), text acadèmic que, malgrat que és dret tou (*soft law*), té un valor doctrinal innegable i en el seu article 7:102 proposa com a criteri general (per als casos d'indeterminació del termini de compliment de l'obligació) l'establiment d'un termini raonable després de la conclusió del contracte. Per tant, es conclou que el dret del creditor a exigir el preu de les compravendes va esdevenir exigible (art. 121-23.1 CCCat) a partir del darrer pagament parcial, amb data del 31 de desembre de 2014, ja que el ritme regular de compres i pagaments a compte sostingut els anys anteriors s'havia trencat en aquella data. Finalment, el TSJC afirma la subsistència de la pretensió de cobrament del preu que correspon al venedor que va formular la reclamació judicial l'any 2016 i, per tant, dintre del termini establert per l'article 121-21c CCCat.

2. COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 5 DE NOVEMBRE DE 2020. EL CARÀCTER TEMPORAL DE L'ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE PER RAÓ DE LA GUARDA DELS FILLS

2.1. PLANTEJAMENT

La STSJC de 5 de novembre de 2020 (JUR/2021/137850) estima el recurs de cassació per infracció processal interposat per la Sra. E. contra la sentència dictada en apel·lació (SAPB de 2 de desembre de 2019; JUR/2019/335138) que desestimava el recurs presentat per aquesta relatiu a la constatació que el dret d'ús de l'habitatge familiar per raó de la guarda s'estén durant tot el període en què aquesta dura i, per tant, no es pot limitar a un període anual. La SAPB de 2 de desembre de 2019 va desestimar íntegrament el recurs presentat per la Sra. E. i va acollir únicament allò recorregut pel Sr. A.: l'extinció del dret a la prestació compensatòria amb efectes des de la data de la Sentència i l'obligació de la Sra. E. de pagar les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge familiar, incloent-hi les de la comunitat i els subministraments. Tanmateix, la sentència d'apel·lació confirmà allò que finalment cassa el TSJC: l'atribució de l'ús de l'habitatge segons el que estableix l'article 233-20.2 CCCat però limitat al període d'un any.

2.2. ELS FETS

Convé fer una breu anàlisi del cas. La recurrent en cassació havia formulat, a mitjan any 2017, una demanda de divorci. A la vegada, també, el Sr. A. va presentar

una demanda en el mateix sentit. L'única qüestió controvertida era l'atribució de l'ús de l'habitatge, del qual era titular exclusiu el Sr. A.

La sentència de primera instància va acordar la guarda en exclusiva a favor de la mare, l'obligació del Sr. A. de prestar aliments a favor dels fills en una quantia de 250 €/mes per cada fill i el dret de la Sra. E. a una prestació compensatòria establerta en forma de pensió (350 €/mes). Així mateix, va atribuir l'ús de l'habitatge a la Sra. E. «per un període d'un any prèvia transcripció dels apartats 2, 3 i 5 de l'article 233-20 i dels apartats 1 i 2 de l'article 233-24 CCCat» (fonament jurídic [FJ] 1r).

La SAPB 824/2019, de 2 de desembre (JUR 2019/335138), a banda de l'extinció del dret a la prestació compensatòria, palesa l'obligació de la Sra. E. de contribuir a les despeses ordinàries de conservació i manteniment de l'habitatge com a beneficiària del seu ús, tot i que, com s'ha dit, la sentència de primera instància confirma la limitació temporal de l'ús a un any. La SAPB és poc clara perquè si bé fa referència a l'article 233-20.2 CCCat —que estén el període d'ús durant tot el temps que duri la guarda—, a la vegada aprova el límit anual acordat en primera instància. Així, assenyala:

Y en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda, vemos que la sentencia acuerda con fundamento en el art. 233-20.2 CCC, es decir, al otorgarse a la madre la guarda y custodia del menor, si bien únicamente durante un año, a lo que se opone la misma solicitando que lo sea mientras ostente la guarda y custodia. El art. 233-20 CCC viene a decir que, en los casos en que existan hijos menores de edad o mayores sin ingresos propios, ante una situación de ruptura familiar ha de procurarse mitigar las consecuencias de tal ruptura en interés de éstos, razón por la cual, a falta de acuerdo entre los cónyuges, si existen tales hijos la vivienda se atribuirá al cónyuge que ostente la guarda y custodia, y sólo para el caso de que no existan hijos, o si existen sean independientes, se atribuirá preferentemente al cónyuge más necesitado de protección, y aún en este caso de forma temporal. En el supuesto de autos vemos que la vivienda es de exclusiva propiedad del apelante, y atendidos los ingresos netos de ambas partes, máxime cuando ya la actora ha solicitado una vivienda de alquiler social, entendemos que la atribución que efectúa la sentencia se acoge a lo dispuesto en dicho precepto, por lo que debemos desestimar el recurso de la misma (FJ 4t).

2.3. D'ENTRADA: L'ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE A FALTA D'ACORD

Observem que el recurs de cassació presentat per la Sra. E. s'emmarca únicament en la infracció de l'article 233-20.2 CCCat.

S'ha dit que l'habitatge familiar és un bé que resta afectat al servei de la família.² La doctrina ha distingit entre, per una banda, el dret d'ús de l'habitatge familiar, que correspon a tota la família i que opera en una situació de normalitat matrimonial, i, per l'altra, el dret a l'atribució de l'ús de l'habitatge —que és l'objecte del nostre comentari—, que correspon només als membres de la família a qui s'ha atribuït i que es manifesta quan la crisi matrimonial es fa evident.³ Els criteris d'atribució de l'ús de l'habitatge, en els casos de manca d'acord o si aquest no ha estat aprovat judicialment (recordem que els pactes adoptats en un conveni regulador han d'ésser aprovats per l'autoritat judicial, llevat dels punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors; arg. ex art. 233-3.1 CCCat), es troben detallats en l'article 233-20.2 CCCat. Observem, doncs, que no es limita l'autonomia privada dels cònjuges en els acords relatius a l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar que formen part del conveni regulador: encara que allò pactat causi un perjudici greu a un dels cònjuges, el jutge simplement l'aprovarà.⁴ Si hi ha fills menors, però, la decisió sobre l'ús de l'habitatge correspondrà al jutge, que l'atribuirà segons els criteris detallats en aquell article i sempre amb el límit de l'interès superior del menor.⁵

2. J. EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'article 233-20 CCCat», a J. EGEA I FERNÁNDEZ i J. FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya: Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 504.

3. Vegeu R. F. SIFRE PUIG, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783 (2021), p. 141. En relació amb l'habitatge o domicili familiar, vegeu els art. 231-3 CCCat i 40 del Codi civil espanyol (CC).

4. Així, el control judicial del conveni regulador té un àmbit molt reduït, atès que només entra en joc si hi ha fills menors (així ho observem en l'art. 233-3 CCCat; per a tot, vegeu G. RUBIO GIMENO, *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el derecho civil catalán)*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 90 i 91). És interessant, aquí, esmentar la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 18 de gener de 2010 (RJ 2010/1297), de la qual es fa ressò B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”», *InDret*, núm. 1/2016 (2016), p. 16. En el cas, les parts van acordar mitjançant un conveni regulador una atribució conjunta de l'ús de l'habitatge —cosa que, com és evident, sol ser font de problemes—. El jutge ho va aprovar, tot i que posteriorment un dels excònjuges va sol·licitar la modificació de les mesures perquè hi havia hagut un canvi substancial de les circumstàncies en relació amb les que existien quan es va aprovar el conveni.

5. En el cas de les parelles estables i a falta de pacte, l'atribució o distribució de l'habitatge familiar al convivent no titular només opera quan hi ha fills comuns: a) preferentment, al membre de la parella a qui correspongui la guarda dels fills mentre duri aquesta; b) si la guarda dels fills és compartida o distribuïda entre ambdós membres de la parella, al que en tingui més necessitat (art. 234-8.2 CCCat). Qüestiona aquesta opció R. MILÀ RAFEL, «Gènere i dret de família: una lectura de l'habitatge familiar a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16 (2016), p. 131, ja que no protegeix la part feble de la parella estable.

Tanmateix, si hi ha acord entre els cònjuges i és aprovat per l'autoritat judicial,⁶ les parts hauran de complir el que s'ha pactat.⁷ A tall d'exemple, convé fer referència a la SAPB de 10 de març de 2021 (JUR/2021/155044), en què les parts acorden en el conveni regulador l'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda sense pactar cap motiu d'extinció —com podria ser la convivència marital amb una altra persona— i, per tant, només l'acabament de la guarda extingeix el dret d'ús (la solució hauria estat diferent si s'hagués pactat alguna causa d'extinció).⁸

2.3.1. *Per raó de la guarda*

La redacció de l'article 233-20.2 CCCat utilitza l'adverbi «preferentment» per a atribuir l'ús de l'habitatge, a falta d'acord o si aquest no és aprovat, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta; per tant, el plantejament del legislador català és establir un criteri preferent —subsidiari de l'acord, si és apro-

6. Així, l'art. 233-3 CCCat assenyala que els pactes adoptats en un conveni regulador han d'ésser aprovats per l'autoritat judicial, llevat dels punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors; o amb el dels fills majors d'edat amb la capacitat d'obrar modificada judicialment, que s'hi equiparen (STSJC de 3 de desembre de 2018; RJ 2018/6165).

7. Així, en la STSJC de 3 de desembre de 2018 (RJ 2018/6165) les parts van acordar (i així ho referendà el jutge amb l'aprovació judicial del conveni) l'atribució de l'ús de l'habitatge a favor de la mare per un període de cinc anys, habitatge en què viuria també el fill de la parella (que tenia la capacitat d'obrar modificada judicialment). La norma admet que es modifiquin les mesures aprovades si varien substancialment les circumstàncies concurrents en el moment en què aquelles mesures es van acordar. La pròrroga de l'art. 233-20.5 CCCat només s'adoptarà si l'atribució de l'ús de l'habitatge va ser dictada per l'autoritat judicial, però no si les parts, lliurement, així ho van acordar, pactar i fer constar en el conveni regulador.

8. I l'Audiència Provincial indica que, a falta de pacte exprés d'extinció de l'ús per convivència amb terceres persones, l'única forma d'extinció serà la modificació de les mesures fonamentada en aquesta nova convivència marital, si això significa una alteració de les circumstàncies que es van tenir en compte inicialment en relació amb la capacitat econòmica dels progenitors de contribuir als aliments dels seus fills, alteració que pot significar una exclusió de l'atribució de l'ús, segons el que assenyala l'art. 233-21a CCCat, «al considerar que el cònjuge que seria beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos». Però en el cas no s'invocava una modificació de les circumstàncies, sinó només l'extinció del dret d'ús per la convivència amb un tercer, i, per tant, com que es va preveure l'atribució per raó de la guarda i no es va pactar cap causa d'extinció, l'ús només pot finalitzar amb l'acabament d'aquella.

vat judicialment— que afavoreix el progenitor que té la guarda dels fills menors.^{9,10} El tercer apartat del fonament jurídic tercer de la sentència objecte de comentari és clar:

[...] però el que no admet el legislador, a banda dels supòsits d'exclusió de l'atribució de l'ús, és que quan l'ús de l'habitatge s'atribueix —seguint el criteri que ell mateix considera «preferent»— al progenitor a qui correspon la guarda dels fills, hom el restringeixi de manera temporal en atenció a una raó que no sigui la durada de la guarda mateixa.¹¹

El fonament sobre el qual descansa l'atribució de l'ús per raó de la guarda i que referenda el legislador català és l'interès superior del menor (art. 211-6 CCCat), i cal assimilar el tractament entre els fills menors i els fills amb capacitat d'obrar modificada judicialment.^{12,13} Així doncs, l'atribució del dret d'ús per a tot el període de la

9. Diu J. EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a l'article 233-20 CCCat», p. 508, que la regulació del CCCat és menys rigorosa que la de l'art. 83.2a del Codi de Família (CF), en què el terme «preferentment» s'havia interpretat de manera severa, en el sentit que per a no atribuir l'habitatge al cònjuge guardador havien d'existir raons poderoses que comportessin una excepció a la regla general. Vegeu també, en contra del criteri absolut, P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de familia*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 143. En el mateix sentit, S. ESPIAU ESPIAU, «El règim jurídic de l'habitatge familiar en situacions de crisi matrimonial», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 14 (2014), p. 13, assenyala que el fet que aquest criteri sigui preferent no significa que sigui exclusiu, ni impedeix l'atribució de l'ús de l'habitatge a favor del cònjuge més necessitat, no només en els supòsits en els quals la guarda no correspongui a un dels cònjuges, sinó també en aquells en què, malgrat correspondre a un d'ells, es resolgui a favor de l'altre ja que aquell té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills (art. 233-20.4 CCCat).

10. Així, B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados», p. 5, diu que «la regla general y prevalente, a falta de pacto entre los cónyuges, es la adjudicación de la vivienda a los hijos al ser el interés más necesitado de protección y de forma refleja al cónyuge al que se le concedía la guarda y custodia de los menores, existiendo una relación directa entre dichos factores».

11. A més, cal palesar que no és en els casos en què existeixin fills sotmesos a la guarda que caldrà justificar l'atribució del dret d'ús a favor de qui la tingui, sinó que caldrà raonar-ho en aquells casos en què existeixin fills menors o amb la capacitat d'obrar modificada judicialment i el jutge decideixi atribuir l'ús al cònjuge que no té la guarda (art. 233-20.4 CCCat). Per a tot, vegeu la STSJc d'11 de juliol de 2019 (FJ 4t; RJ 2019/4425).

12. Així, G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la Sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de novembre de 2018», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 20 (2019), p. 54, argumenta que així es desprèn de l'art. 233-2.2 CCCat quan exigeix que en ambdós casos (fills menors i fills amb la capacitat d'obrar modificada judicialment) la proposta de mesures s'ha de sotmetre a l'aprovació judicial. Tanmateix, en matèria del procediment contenciós de ruptura, l'art. 233-3.1 CCCat només fa referència a l'interès dels fills menors.

13. Així, s'ha afirmat que els aliments deguts al menor d'edat se satisfan, en els casos de crisi matrimonial, mitjançant l'atribució a aquest de l'ús de l'habitatge familiar, quan així escaigui. Per a tot, vegeu M. D. CERVILLA GARZÓN, «Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros.

guarda també escau respecte, com diem, d'un fill amb la capacitat d'obrar modificada, subjecte a potestat prorrogada o rehabilitada, atès que aquestes persones mereixen la mateixa protecció que els menors (en aquest sentit, vegeu la STSJC d'11 de juliol de 2019; RJ 2019/4425). Ara bé, el rellevant és que aquesta assimilació es produeixi quan sigui necessària: els fills amb capacitat d'obrar modificada, si bé, com s'ha dit, mereixen la mateixa protecció que els menors d'edat, adoptaran els mateixos drets que aquells només quan ho necessitin (STSJC de 12 de desembre de 2016; RJ 2016/6695).¹⁴

Si els cònjuges no tenen fills o aquests són majors d'edat (o la guarda dels fills queda compartida o distribuïda entre els progenitors, cosa que pot modificar de manera quasi automàtica el patró d'atribució de l'habitatge al cònjuge guardador, habitualment la dona),¹⁵ l'atribució, temporal, serà a favor del cònjuge més necessitat i serà susceptible de pròrroga (així, art. 233-20.3 i 5 CCCat i també STSJC de 20 de juliol de 2015, FJ 6è; RJ/2015/4632).^{16,17} La justificació la trobem en el principi de protecció

Su estudio desde la doctrina», a G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2017, p. 28.

14. En la sentència a què fem referència entre parèntesis es pretenia l'atorgament de manera indefinida de l'atribució de l'ús de l'habitatge a favor de la mare pel fet que tenia la potestat rehabilitada del fill major d'edat, però aquest ja no residia a l'habitatge familiar, sinó en una residència. El TSJC argumenta, en el cas, que l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar no afecta pròpiament l'interès del fill, atès que aquest no viu a l'habitatge familiar des de fa un any i, per tant, el Tribunal avala la decisió de l'Audiència Provincial d'atribuir temporalment l'ús de l'habitatge a favor de la mare per raó de la necessitat (art. 233-20.3 CCCat), i no de manera indefinida, com pretenia aquella, ja que no s'aprecia «la concurrència de circumstàncies realment excepcionals per passar d'una atribució temporal a una atribució vitalícia de l'ús de l'habitatge familiar, com pretén la recurrent» (FJ 3r).

15. En el context del CC i en relació amb la guarda compartida i l'atribució de l'ús de l'habitatge, vegeu la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 12 de juny de 2020 (RJ 2020/1574). El tribunal de primera instància havia atorgat l'ús il·limitat de l'habitatge familiar a favor d'un dels cònjuges en un supòsit de guarda compartida; l'Audiència Provincial confirmà la sentència, però el Tribunal Suprem la cassà perquè assenyalava que la duració d'aquella mesura ha de ser limitada en el temps, «puesto que no existe causa alguna que justifique la imposición de una mayor restricción a los derechos dominicales del padre». Així, J. DELGADO SÁEZ, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 295/2020, de 12 de junio (ROJ: STS 1688/2020)», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 8 (desembre 2020), p. 329-332.

16. En relació amb l'atribució de l'ús de l'habitatge al cònjuge més necessitat en un cas de guarda compartida, ens fem ressò de la STSJC de 3 de novembre de 2016 (RJ 2016/6428), que atribueix l'ús de l'habitatge a la mare per raó de la necessitat amb un límit temporal de set anys i indica que és un temps raonable perquè cadascun dels cònjuges adapti la seva vida a la nova situació provocada per la crisi matrimonial. A més, el Tribunal també apunta que si finalment fos necessari, es podria prorrogar l'atribució, tal com assenyalava l'art. 233-20.5 CCCat —si es mantenen les circumstàncies que van motivar la dita atribució—. De fet, l'art. 233-20.5 CCCat és vist pel Tribunal com un precepte tuitiu que considera supòsits en què les circumstàncies no varien respecte de les que van motivar la resolució a favor d'acordar temporalment l'ús de l'habitatge a un dels cònjuges.

17. Així, G. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 157, assenyalava els criteris que s'utilitzaran per a determinar l'atribució al cònjuge més necessitat: la falta de disposició d'un altre habitatge o la manca de mitjans eco-

de la part feble (que observem també, per exemple, en la protecció del cònjuge més feble en la regulació dels pactes en previsió d'una ruptura futura; arg. *ex art.* 231-20.5 CCCat). Tanmateix, cal un canvi de circumstàncies que motiví aquesta pròrroga i, per tant, la solució jurídica es construeix sobre la necessitat, especial, i no sobre el desequilibri patrimonial que privaria un dels titulars dels seus drets dominicals sobre l'habitatge. Així s'expressa la STSJC de 24 de febrer de 2014 (RJ 2014/2222):

[...] la manca d'un flagrant desequilibri suficientment important no pot privar a un propietari dels seus drets dominicals, no comporta cap vulneració de l'ordenament jurídic català, atès que el que es vol palesar no és altra cosa que la temporalitat en l'atribució de l'ús de l'habitatge no es pot anar prorrogant en detriment de la facultat d'ús i gaudi que també correspon a l'altre propietari i que ha estat exclosa en funció de l'atribució temporal.¹⁸

Aquest caràcter d'atribució pràcticament automàtica a favor del cònjuge que tingui la guarda ha estat criticat per la doctrina —també en el context de l'article 96.1 CC— i s'ha dit que l'atribució al cònjuge beneficiari de l'ús entra en joc sense cap tipus de compensació, ni tan sols quan l'habitatge és propietat en exclusiva del cònjuge que s'ha vist privat del seu ús.¹⁹ En el context del CCCat i en relació amb la conveniència d'ajustar la regulació en matèria d'atribució de l'ús de l'habitatge i de preveure una compensació directa quan un tercer, per tolerància de la persona usuària, ocupa gratuïtament l'habitatge del qual no és titular en exclusiva aquella persona, s'ha proposat minorar l'obligació d'aliments del progenitor titular i incrementar la del beneficiari d'ús, o bé excloure de l'acord l'ús de l'habitatge i substituir-lo per una altra mesura com ara el pagament o l'increment de la pensió alimentària de qui recupera l'ús.²⁰

nòmics que li permetin accedir a un altre habitatge (ja sigui de compra, ja sigui de lloguer) i el nombre de persones que convisin amb aquest cònjuge (per exemple, si hi conviuen els fills majors d'edat). Aquest supòsit ha de venir justificat per una «auténtica necesidad o penuria económica; y con la atribución del uso de la vivienda al cónyuge especialmente necesitado se trataría de establecer un período de tiempo más o menos reducido durante el que dicho cónyuge pueda superar dicha situación de necesidad o penuria económica y disponer de una vivienda».

18. Com assenyalava el TSJC, aquesta atribució temporal s'efectua en previsió de les necessitats d'habitatge d'una de les parts, que, en el cas, disposava d'una feina i gaudia d'una prestació compensatòria, i amb la finalitat de disposar d'un termini per a liquidar les relacions econòmiques i patrimonials entre els cònjuges. La STSJC constata que les circumstàncies no han empitjorat, però el manteniment d'aquestes no justifica *per se* la pròrroga de l'ús temporal de l'habitatge familiar.

19. M. J. SANTOS MORÓN, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (juliol-setembre 2014), p. 3.

20. Així, G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills», p. 72. En la regulació

2.3.2. *L'interès superior del menor i l'atribució de l'ús de l'habitatge al progenitor que té la guarda*

En el CCCat, les regles d'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge a un dels cònjuges o convivents tenen com a finalitat, en primer lloc, la protecció de l'interès superior dels fills menors (art. 211-6 CCCat), atès que l'atribució del dit habitatge familiar és una forma de pagament dels aliments a favor d'aquells fills menors per part del cònjuge o convivent titular d'aquell habitatge.²¹ Així mateix i en benefici precisament d'aquest interès, es pot atribuir un altre habitatge que no sigui el familiar si és més adequat per al fill menor²² (STSJC de 30 de juliol de 2012 [RJ 2012/10035] i art. 233-20.6 CCCat; en aquest cas, es va considerar més adequat atribuir un altre habitatge perquè el familiar es trobava en una situació precària).

A banda d'aquest principi de protecció de l'interès superior del menor, el TSJC també assumeix la postura que tendeix a retornar els immobles al règim jurídic ordinari, que relaciona la disposició de l'ús amb la titularitat del bé, després de la ruptura de la convivència. S'imposa, a tal fi, una conciliació entre ambdós principis que condueixi, doncs, a fer possible que les necessitats d'habitatge se satisfacin d'una altra manera que no sigui enllaçant la propietat privada d'un dels cònjuges o la cotitularitat a aquesta finalitat, per tal que els vincles econòmics que s'havien creat durant el

actual, la introducció d'un tercer no és per si sola una causa extintiva del dret d'ús, si es va atorgar en consideració a la minoria dels fills. Si no es modifica la guarda dels menors o s'invoca l'existència d'alguna de les causes d'exclusió de l'art. 233-21.1a o b CCCat, produïdes sobrevingudament, no escau extingir el dret d'habitatge dels fills menors que s'està prestant, per decisió judicial prèvia, en el domicili que va ser el familiar. La convivència d'un tercer amb el beneficiari del dret d'ús atribuït d'acord amb l'interès dels menors no és una causa objectiva d'extinció del dret d'ús, a diferència del supòsit en què l'ús s'hagués acordat per necessitat d'un dels cònjuges, quan sí que ho seria (per a tot, vegeu la STSJC de 3 de maig de 2021, la referència de la qual no consta en la base de dades d'Aranzadi en data 9 de juliol de 2021). A favor d'establir una compensació directa al cònjuge propietari que es veu privat de la possessió de l'habitatge com a conseqüència de l'atribució de l'ús a l'altre cònjuge per raó de la guarda, vegeu L. ZUMAQUERO GIL, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41 (2016), p. 142-143: «[...] esta compensación puede venir de la mano de la fijación de la cuantía a abonar por pensión alimenticia y pensión compensatoria en atención al uso atribuido [...] o de una compensación directa que se traduzca en el pago de una renta al propietario».

21. Així, R. MILÀ RAFEL, «Gènere i dret de família», p. 143. En el context del CC, la justificació és la mateixa i ho fa evident la STS de 18 de maig de 2015 (RJ 2015/1919): «[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil».

22. Es mostra crític amb l'atribució d'aquest ús a favor del cònjuge que tingui la guarda M. J. SANTOS MORÓN, «La atribución del uso de la vivienda familiar», p. 21: «[...] si se presupone que la vivienda familiar se atribuye a los hijos menores en cumplimiento de la obligación de prestarles alojamiento —integrada a su vez en la genérica de alimentos— no debiera haber ningún obstáculo para adjudicar a los hijos otras viviendas distintas de la familiar o satisfacer su necesidad de alojamiento facilitándoles un inmueble de alquiler de similares características a aquél en que venían residiendo».

matrimoni no perdurin més enllà del que sigui indispensable (STSJC de 21 de maig de 2020; RJ 2021/1569). El que s'acaba imposant, però, és l'interès del menor per sobre de l'interès del progenitor privat d'aquest ús (encara que aquest últim sigui titular en exclusiva de l'habitatge).²³

S'ha identificat aquest principi d'interès superior del menor com l'interès més digne de protecció (STSJC de 20 de juny de 2011, FJ 6è; RJ 2011/6110). El que la mesura vol preservar és, doncs, que els menors continuïn desenvolupant la seva vida en el seu entorn habitual, que és, precisament, l'habitatge familiar. Ara bé, aquesta afirmació no encaixa del tot bé si el menor té una edat molt curta i no s'ha pogut desenvolupar en un determinat entorn familiar. A més, si la guarda és compartida, també el menor haurà de canviar d'habitatge constantment i no es preservarà un ambient únic de desenvolupament per al menor. En realitat, l'interès superior del menor quedarà protegit quan aquest pugui rebre una atenció integral en un entorn adequat, que, entenem, no ha de coincidir necessàriament amb l'habitatge familiar. El que el legislador constata és una aposta per l'estabilitat en l'habitatge on el menor ha nascut, però el context social actual, més aficionat al canvi de domicili —fins i tot durant el matrimoni— i menys arrelat a un estàndard estable i típic d'habitatge familiar, hauria d'afavorir una major discrecionalitat del jutge a l'hora d'atribuir l'ús de l'habitatge (sobretot en els casos en què la titularitat de l'habitatge és exclusiva d'un dels cònjuges). El que convé, doncs, és una regulació que atorgui més facultats al jutge perquè pugui valorar les circumstàncies cas per cas. Es necessiten, doncs, altres opcions que permetin resoldre el deure d'habitatge del menor i respectar, a la vegada, la titularitat de l'habitatge.²⁴ El que està clar, però, és que aquesta proposta no encaixa amb la redacció actual —clara i precisa— de l'article 233-20.2 CCCat.²⁵ Coincidim amb allò expressat per la doctrina més autoritzada: cal qüestionar «si la protecció de l'interès dels fills menors ha de conduir a una immobilització de l'habitatge que va ser el familiar fins la ruptura». La cura i el benestar dels menors no han d'entendre's vinculats

23. Aquest interès es tradueix en les circumstàncies personals dels pares i les afectives dels fills, i altres factors; vegeu B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados», p. 6.

24. L. ZUMAQUERO GIL, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar», p. 39, indica que «[s]i el interés protegido [...] es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación, no se entiende por qué no pueden sufragarse estos alimentos de otro modo. Una regulación en este sentido permitiría a los jueces establecer soluciones equitativas para ambos progenitores, evitando así que la situación de asfixia económica del no custodio acabe incluso en la imposibilidad real de abonar la pensión de alimentos».

25. Segons M. J. SANTOS MORÓN, «La atribución del uso de la vivienda familiar», p. 23 i 24, «[...] lo procedente sería, en nuestra opinión, facultar al juez para que, valorando el conjunto de los intereses concurrentes, y siempre preservando el derecho de los hijos de contar con una vivienda digna, decida lo más conveniente [...] en caso de vivienda privativa [...] en nuestra opinión, solo debería atribuirse el uso al progenitor custodio cuando no pueda de otro modo garantizarse que los hijos cuentan con una vivienda apropiada a sus necesidades».

a la seva permanència en el darrer habitatge familiar, sinó que cal explorar fórmules alternatives que ens permetin allunyar-nos d'aquesta sobrevaloració o valoració mal entesa del principi de l'interès superior del menor.²⁶

2.3.3. *El caràcter assistencial de l'atribució de l'ús de l'habitatge*

L'obligació d'aliments a favor dels menors és deguda pels progenitors ateses les seves responsabilitats parentals (art. 236-17.1 CCCat), que no s'han de veure alterades per la crisi matrimonial (art. 233-8.1 i 233-10.3 CCCat).

L'article 233-20 CCCat regula l'atribució o distribució de l'ús del domicili familiar per tal de satisfer, en la part que escaigui, els aliments dels fills comuns (regles 1-7), raó per la qual en aquests casos l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns «mentre duri aquesta» (STSJC de 3 de maig de 2021).

Cal tenir en compte aquí que la prestació d'aliments dels fills menors inclou el deure de tenir-ne cura, de conviure-hi (segons el que s'hagi decidit judicialment perquè sigui favorable a l'interès dels menors; arg. *ex* art. 233-3.1, 233-4.1 i 233-9.1 CCCat) i d'educar-los i facilitar-los una formació integral, a més a més de l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica (art. 234-7.1 i 236-17 CCCat). La quantia d'aquesta prestació, en la part que escaigui, pot ser satisfeta mitjançant l'atribució de l'ús de l'habitatge. Tanmateix, si el cònjuge que hauria de cedir l'ús pot assumir i garantir amb suficiència el pagament de les pensions dels fills comuns i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi àmpliament les necessitats d'habitatge d'aquests, el jutge pot excloure l'atribució de l'ús (art. 233-21.1b CCCat). És a dir, l'article 233-21-1 CCCat regula la possibilitat que, a instància d'una part, s'exclougui l'atribució de l'ús del domicili —és a dir, que no s'atribueixi a cap dels cònjuges, i que l'immoble es regeixi per les regles corresponents a la seva titularitat—, però limitadament als supòsits que estableix, que sempre tenen en l'horitzó l'interès prioritari dels fills comuns menors d'edat, ja que exigeix que s'acrediti que el cònjuge que seria beneficiari de l'ús per raó de la guarda dels fills té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills, o bé que el cònjuge que hauria de cedir l'ús està en disposició no només d'assumir, sinó també de garantir suficientment, el pagament de les pensions d'aliments dels fills en una quantia que cobreixi suficientment les seves necessitats d'habitatge (STSJC de 3 de maig 2021).

En resum, l'atribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany del tot o en part al cònjuge que no n'és beneficiari, s'ha de ponderar com a contribució en espècie per a

26. Vegeu la reflexió que fa sobre aquest tema G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills», p. 44-45.

la fixació dels aliments dels fills (art. 233-20.7 CCCat).²⁷ També, a més, aquesta atribució és vista com una forma de pagament de la vessant alimentària de la prestació compensatòria deguda.²⁸

2.3.4. *El caràcter essencialment temporal del dret d'ús*

Que l'atribució de l'ús de l'habitatge té caràcter temporal en la regulació actual del CCCat s'ha fet palès expressivament pel TSJC en nombroses sentències (així, per exemple, STSJC de 17 d'abril de 2010 [RJ 2010/3623] i STSJC de 21 de juny de 2018 [RJ 2018/6122], entre d'altres).²⁹ En el cas que hi hagi fills (a banda, és clar, que canviï el règim de guarda i també ho faci l'atribució de l'ús en conseqüència),³⁰ la temporalitat del dret d'ús es troba limitada per l'edat dels fills: el dret s'extingirà quan aquests arribin a la majoria d'edat.³¹ Per tant, la regla general és que l'ús de l'habitatge que s'atribueix al progenitor que té la guarda dels fills menors —com s'esdevé en el cas que es comenta— no pot ser limitat en el temps, ja que la seva durada coincideix amb la de la guarda dels menors (així ho indica clarament la STSJC de 19 de març de 2018, FJ 3r; RJ 2018/2841). Per tant, doncs, quan el domicili familiar ha estat atribuït per raó de la minoria d'edat dels fills, l'ús no es pot limitar temporalment a una data anterior a la majoria d'edat perquè en la normativa legal no existeix aquesta previsió, atès que la decisió s'adopta per raó del seu interès prioritari com una part dels aliments (art. 233-20.1 i 7 i 237-1 CCCat i STSJC de 3 de maig de 2021).³² Si s'atribueix per raó

27. En el context del CC, hi ha alguna doctrina que es manifesta a favor d'aquesta via «indirecta», que permet repercutir el valor de l'ús sobre altres prestacions econòmiques que derivin de la crisi. Així, vegeu D. CERVILLA GARZÓN, «Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar», p. 25 i 26, que palesa que «siendo, como son, los hijos, los beneficiarios (que no titulares) del derecho a usar la vivienda, y que es su interés el primer llamado para justificar la medida, al concederse, en su virtud, el uso al cónyuge en cuya compañía se queden, se está atendiendo, también, a la obligación de alimentarlos que pesa sobre el cónyuge desposeído».

28. G. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución*, p. 34.

29. També la STSJC de 14 d'abril de 2016 (RJ 2016/3647).

30. Encara que inicialment l'ús s'hagués atribuït per raó de la guarda, si posteriorment es modifiquen les circumstàncies i s'acredita l'existència d'algun dels supòsits d'exclusió de l'atribució de l'ús per escenaris sobrevinguts, es podria deixar sense efecte aquella atribució inicial amb els mateixos efectes pràctics que l'extinció del dret d'ús. Caldria valorar, aquí, l'increment de la quantia dels aliments per qui no té atribuïda la guarda, ja que la cessió del domicili familiar es té en compte en la contribució als aliments dels menors, com ja s'ha dit.

31. Per tant, es pot dir que l'atribució del dret d'ús per raó de la guarda no pot ser limitada en el temps, com feien l'Audiència Provincial i el jutjat de primera instància en la sentència objecte de comentari, ja que la seva durada coincideix amb la guarda dels menors (en aquest sentit, vegeu també la STSJC de 19 de març de 2018; RJ 2018/2841).

32. Per contra, quan l'atribució s'ha fet tenint en compte la situació de necessitat d'un dels cònjuges

de la necessitat, obligatòriament caldrà fixar un termini (art. 233-20-5 CCCat) i, per tant, l'atribució tindrà caràcter temporal.

Amb tot, es pot qüestionar si l'atribució de l'ús per raó de la guarda ha de coincidir necessàriament amb l'acabament de la guarda. No és raonable que aquesta extinció automàtica no tingui en compte els majors d'edat que depenen econòmicament dels seus progenitors. I, en un altre extrem, fins i tot seria més raonable admetre que, sota el parer del jutge i segons quines siguin les circumstàncies del cas concret, pugui acordar-se l'extinció del dret d'ús amb anterioritat a l'acabament de la guarda (per exemple, per la convivència marital del beneficiari de l'ús amb un tercer).³³ Ara bé, tot això implicaria un canvi en la normativa actual.

D'altra banda, si no s'imposessin límits temporals al dret d'ús, les facultats dominicals de què gaudeix el cònjuge privat d'aquell ús no reeixirien. En el context del llibre segon del CCCat observem que també el legislador insisteix, en relació amb altres figures del dret de família, en el seu caràcter essencialment temporal; per exemple, pel que fa a la prestació compensatòria (art. 233-17.4 CCCat).³⁴

Observem, doncs, que la voluntat del legislador ha estat sempre establir un termini en l'atribució de l'ús de l'habitatge. Si s'atribueix l'ús per raó de la guarda, la duració vindrà determinada per l'edat dels fills, ja que el dret s'extingirà per l'arribada d'aquells a la majoria d'edat (STSJC de 21 de juny de 2018, FJ 3r; RJ 2018/6122). En un altre sentit i a tall d'exemple, la temporalitat continua essent la regla general malgrat l'existència d'un fill major d'edat amb la capacitat d'obrar modificada judicialment (ja que no existeix una situació en què necessàriament el fill pugui viure només a l'habitatge familiar amb les atencions i la cura de la mare). En la STSJC de 13 de març de 2014 (RJ 2014/2387) l'atribució temporal de l'ús de l'habitatge es va establir en funció del moment en què el fill pogués aconseguir una posició social i laboral autònoma (el fill, major d'edat, tenia reconeguda una incapacitat que li limitava la mobilitat, però això no impedia que pogués desenvolupar la seva personalitat en un altre domicili, una vegada complert el termini fixat per la resolució judicial).³⁵

com a prolongació de la solidaritat conjugal, sí que es considera la cessió temporal i es manté la idea segons la qual els immobles han de retornar a la situació jurídica anterior al matrimoni.

33. L. ZUMAQUERO GIL, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar», p. 40. De fet, la STS de 20 de novembre de 2018 (RJ 2018/5086) extingeix l'ús en consideració a la presència d'un tercer que conviu maritalment amb el progenitor que té l'ús per raó de la guarda dels fills. El comentari d'aquesta sentència el trobem a G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills», p. 37-74. La regulació actual de l'art. 233-24.1 CCCat no permet arribar al mateix resultat a què arriba el Tribunal Suprem.

34. Sobre el caràcter temporal de l'atribució de l'ús en el dret comú, vegeu I. GARCÍA PRESAS, *Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja*, Madrid, Reus, 2019, p. 150.

35. El TSJC diu en el seu FJ 4t: «Consegüentment, no existeix una situació permanent i invariable per part de la mare i el fill L. que exigeixi que només es pugui complir amb una atribució sense limitació temporal de l'ús de l'habitatge familiar, sinó que les concretes circumstàncies personals que afecten al fill

La necessitat de fixar la duració de l'atribució del dret d'ús de l'habitatge familiar es pot observar en la Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (DGDEJ; avui Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública) JUS 1856/2016, de 21 de juny, dictada en el recurs governatiu interposat per A. C. G. contra la nota del registrador de la propietat titular del Registre de la Propietat de Sitges de suspensió de la inscripció d'un dret d'ús de l'habitatge familiar atribuït per la sentència sobre el procediment de guarda. En aquell cas, el registrador va suspendre la inscripció perquè no constava la durada del dret i va fonamentar la seva decisió en els articles 233-1 i 233-20 CCCat i en el principi d'especialitat propi de la vessant registral (art. 9.2 i 21.1 de la Llei hipotecària [LH]). Per contra, la mare va recórrer contra la qualificació i va defensar que l'article 233-1 CCCat no era aplicable (relatiu a mesures provisionals) i que escauria, en tot cas, l'article 233-4 CCCat. A més, va al·legar que l'article 233-20.2 CCCat ja establia la durada del dret: el que durés la guarda dels fills menors.

El que resol la DGDEJ és que, des d'un punt de vista substantiu (civil), el dret d'ús de l'habitatge familiar subsisteix fins a la finalització de la guarda del pare o mare a qui s'ha atribuït, i, en qualsevol cas,

[...] la data de la finalització de la guarda no ha de coincidir necessàriament amb la de la majoria d'edat del fill menor [...]. A Catalunya, des d'un punt de vista substantiu, interpretem que el dret d'ús de l'habitatge familiar ha de tenir un termini fixat de comú acord o establert per l'autoritat judicial.

La qüestió conflictiva del recurs plantejat és que de la dicció literal de la sentència que atribuïa el dret d'ús de l'habitatge no resultava clar quin era el termini del dret d'ús, ni tampoc quedava determinat que aquell dret d'ús s'hagués establert en els termes que permetien una aplicació mecànica del termini indirecte de l'article 233-20.2 CCCat. Finalment, la DGDEJ conclou:

[...] la data d'extinció o el termini de duració del dret d'ús de l'habitatge ha de resultar de forma clara, ni que sigui a través de la utilització d'uns termes que permetin l'aplicació mecànica del termini legal, i no pot ésser objecte d'una interpretació d'un redactat poc clar.³⁶

L. no obsten a que aquest pugui residir en un altre habitatge, de fet ja ho fa mentre estudia a Barcelona, ni exigeixen que la mare i ell hagin de viure, per tant, en el mateix [...].

36. Vegeu M. ANDERSON, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques (maig-juny 2016)», *InDret*, any 2016, núm. 4, p. 22.

Doncs bé, el mateix succeeix en el cas que ens ocupa: si l'atribució de l'ús de l'habitatge ho és per raó de la guarda, el dret està vinculat a l'exercici d'aquesta; per tant, el termini ha de comprendre tota la durada de la guarda. El TSJC qüestiona, així, que el segon paràgraf del fonament jurídic quart de la SAPB contraposi la regla de l'article 233-20.2 CCCat amb la regla de l'article 233-20.3b CCCat, d'atribució amb caràcter temporal per raó de la necessitat, quan els cònjuges no tenen fills o quan aquests són majors d'edat, a favor del cònjuge més necessitat. Per tot això, era clar que la norma que havia de regir l'atribució de l'ús de l'habitatge era, necessàriament, la de l'article 233-20.2 CCCat, ja que les circumstàncies del cas menaven cap a aquesta conclusió (així, per l'existència de fills menors i per l'atribució per raó de la guarda).

La resolució de la DGDEJ citada argumenta que, des de la perspectiva registral i amb clara referència al principi d'especialitat (art. 9.2 i 21.1 LH), els drets que s'inscriuen al Registre de la Propietat han d'estar perfectament determinats a fi que les terceres persones que puguin adquirir drets sobre les finques coneguin el seu abast i si les poden perjudicar. Perquè el dret d'ús pugui tenir eficàcia real enfront de terceres persones, cal que consti la seva duració.³⁷ La DGDEJ assenyalava que, amb independència dels requisits substantius del dret d'ús de l'habitatge familiar,

[...] el principi d'especialitat registral imposa que els drets que hagin d'accedir al registre estiguin ben delimitats en el contingut, l'objecte sobre el que recauen i la durada temporal. No veiem que el dret d'ús de l'habitatge familiar n'hagi de constituir cap excepció (FJ 2n).³⁸

Així, doncs, i ja sigui des de la vessant civil, ja sigui des de la registral, cal que consti de manera clara l'abast temporal del dret d'ús i, doncs, que es fixi un termini de duració, encara que sigui incert el *quando*. En el cas que comentem, la SAPB no justifica bé la seva resolució perquè, d'una banda, sembla que es decanti per l'aplicació de l'article 233-20.2 CCCat i, de l'altra, limita l'atribució de l'ús a un any (recordem

37. Tanmateix, el Tribunal Suprem ha rebutjat el caràcter real del dret d'ús en la STS de 14 de gener de 2010 (RJ 2010/1274). Sobre la naturalesa jurídica d'aquesta atribució del dret d'ús, vegeu especialment el recull que en fa G. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución*, p. 27 i seg., en relació amb la discussió doctrinal relativa a la naturalesa real o personal d'aquell dret.

38. La DGDEJ continua assenyalant que el fet «que sigui un dret de caràcter familiar no ha de servir de base per a cap excepció, perquè del que es tracta és que aquest dret a usar un immoble per habitar-lo pugui tenir eficàcia no front dels cònjuges, sinó front de terceres persones que no han estat part en el procés matrimonial, de guarda o d'aliments. L'única forma perquè un possible adquirent posterior d'un dret real sobre l'immoble pugui estar vinculat per aquest dret d'ús i l'hagi de respectar és inscrivint-lo al registre de la propietat al foli de la finca sobre el que recau».

que la limitació temporal només és possible si l'atribució ho és per raó de la necessitat, però no per raó de la guarda).³⁹

Si bé és cert que la STSJC de 19 de març de 2018 (FJ 3r; RJ 2018/2841) és taxativa quan assenyala que «la regla general és que l'ús de l'habitatge que s'atribueix al progenitor que ostenta la guarda dels fills menors [com és el cas] no pot ser limitat en el temps, puix que la seva durada coincideix amb la de la guarda dels menors», això no significa que l'atribució hagi estat feta sense la fixació d'un termini, ja que aquest coincidirà necessàriament, com s'ha vist, amb l'acabament de la guarda.⁴⁰

En la regulació anterior, el Codi de família, la norma del seu article 83.2 s'orientava en la mateixa direcció que l'actual article 233-20.2 CCCat. La STSJC de 22 abril de 2010 (RJ/2010/3623) és il·lustrativa en aquest sentit:

[...] quan hi hagi fills menors la limitació temporal de l'atribució de l'ús de l'habitatge al cònjuge que no n'és propietari la determina el cessament de la guarda i custòdia dels fills menors, que es produeix per regla general quan aquests adquireixen la majoria d'edat (FJ 3r).

I fent-se ressò d'altres sentències del TSJC afegeix:

[...] una interpretació estrictament literal de l'indicat precepte semblaria conduir a una única i inequívoca conclusió: la voluntat del legislador d'establir sempre i en tot cas un termini en l'atribució de l'habitatge familiar, tant si hi ha fills menors d'edat com si no. Per al primer supòsit (on s'assenyala la preferència d'atribució en favor del cònjuge encarregat de la guarda dels menors), la duració vindrà marcada, amb caràcter general, per l'edat d'aquests, ja que la cessació de la guarda comportarà també la de l'ús de l'habitatge.

En aquesta sentència (de 22 d'abril de 2010), el TSJC finalment cassà la SAPB perquè atribuïa l'ús de l'habitatge per raó de la guarda, però, com en el cas objecte de comentari, limitava aquest ús a un any:

39. Per contra, la Resolució de la DGDEJ de 20 d'octubre de 2016 indica que, en relació amb el principi d'especialitat, si l'atribució de l'ús és per raó de la guarda, la limitació temporal resultarà, per bé que de manera indirecta, de la minoria d'edat del fill. Tanmateix, si no hi ha fills menors d'edat, és indispensable establir un límit temporal. Vegeu, en aquest sentit, D. CERVILLA GARZÓN, «Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar», p. 35 i 36.

40. L'art. 96.1 CC s'orienta en la mateixa direcció. Però la jurisprudència no és coincident a determinar si l'acabament de la guarda extingeix el dret d'ús: el Tribunal Suprem s'avé amb la posició del TSJC, però la jurisprudència menor no és coincident. Per tot, vegeu C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en derecho común», a G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, p. 70-73.

[...] la limitació temporal pel termini d'un any i l'obligació de trasllat que imposa la Sentència *de facto* a la mare i als tres nens a un nou domicili no s'ajusta al que disposa l'art. 83.2.a CF ni a l'interès prevalent d'aquests, que és el que exclusivament ha de ponderar-se, ja que d'aquí a un any continuaran sent menors d'edat i no haurà desaparegut, per tant, la causa per la qual se'n va atribuir l'ús. Tot això condueix a cassar la Sentència de l'Audiència i a confirmar la del Jutjat en aquest punt (FJ 3r).

Com hem vist, en la resta de supòsits (art. 233-20.3 i 4 CCCat, per raó de la necessitat), l'atribució s'ha de fer amb caràcter temporal, si bé, com ja s'ha dit, és susceptible de pròrroga (art. 233-20.5 CCCat).⁴¹

2.3.5. *L'extinció del dret d'ús per acabament de la guarda*

En relació amb l'extinció del dret d'ús per acabament de la guarda, convé fer referència a la STSJC de 21 de juny de 2018 (RJ/2018/6122).⁴² En aquest cas, el TSJC cassa la SAPB que havia atribuït l'ús de l'habitatge familiar per raó de la guarda i hi afegeix un límit temporal: fins que el menor arribi a tenir independència econòmica (vegeu també la STSJC de 9 d'octubre de 2017 [RJ/2017/5687]⁴³ i la STSJC de 21 de juny de 2018 [RJ/2018/6122]). Doncs bé, el TSJC argumenta que aquesta disposició vulnera l'article 233-20.2 CCCat en relació amb l'article 233-24.1 CCCat. A més, diu (FJ 6è) que:

[...] no resulta pues trascendente que los mayores de edad no cuenten con independencia económica, sin perjuicio de que en el caso de que todavía precisen alimentos deba tenerse en cuenta para fijar la cuantía de estos, las necesidades de habitación. En suma, no es preciso en estos casos que la habitación se preste *in*

41. Fins i tot la STSJC de 15 d'abril de 2013 (RJ 2013/7245), ateses les circumstàncies de la recurrent (senyora de seixanta anys que pateix fibromiàlgia, fa trenta-dos anys que no treballa fora de casa —el temps que ha durat el matrimoni— i difícilment es pot ressituar en el mercat laboral), li atribueix temporalment l'ús de l'habitatge, si bé a la vegada estableix que l'excònjuge rebí una prestació compensatòria de caràcter indefinit (art. 233-17.4 CCCat), ateses les circumstàncies descrites. Ara bé, prenent com a base l'art. 83.2b CF, la STSJC de 10 de novembre de 2008 (RJ 2009/3142) assenyala que, excepcionalment, si es pot preveure que la situació de necessitat serà permanent i no canviarà, escau atribuir l'ús sense fixar *a priori* un límit temporal.

42. Tanmateix, alguna jurisprudència considera que no escau fixar un termini si l'atribució ho és per raó de la guarda: STSJC 29/2018, de 19 de març (RJ 2018 2841).

43. Aquesta sentència assenyala que les despeses habitacionals, una vegada assolida la majoria d'edat, no s'han de prestar *in natura* amb un habitatge determinat, que impedeixi desvincular la propietat de l'habitatge de la pròpia crisi familiar (FJ 6è), sinó que pot ser un altre habitatge.

natura, con una vivienda determinada, que impida desvincular la propiedad de la misma de la crisis familiar.

Rubio Gimeno detecta un lleu desencaixament entre el fonament d'atribució de l'ús i les causes d'extinció: si la guarda és compartida, el fonament de l'atribució de l'ús passa per la necessitat del cònjuge usuari; si és exclusiva, el fonament sí que és el vinculat a la guarda; i, en matèria d'extinció de l'ús, si la guarda és exclusiva, l'extinció de l'ús es relaciona amb l'acabament de la guarda; si és compartida, com que el fonament és la necessitat i aquesta exigeix un límit temporal, l'extinció vindrà determinada per aquell límit temporal. I, fins i tot, en el supòsit de l'article 233-20.3c CCCat, excepcionalment i encara que hi hagi fills menors, si l'atribució de l'ús ho és per raó de la necessitat, la finalització de la guarda dels fills menors no implicarà l'extinció del dret, però el matrimoni o la convivència marital de l'usuari amb una altra persona sí que l'extingirà (no l'extingiria si el fonament hagués estat la guarda dels fills menors, ja que només l'acabament d'aquesta permetria declarar l'extinció d'aquell dret d'ús; arg. ex art. 233-24.1 CCCat).⁴⁴

La norma no resol del tot bé l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la guarda dels fills, quan aquesta acaba i els fills majors d'edat continuen essent econòmicament dependents. Així, aquest criteri d'atribució per raó de la guarda mentre aquesta duri, ha estat objecte de cert recel per part de la doctrina. En aquest sentit, Espiau apunta que hauria estat una bona opció que el legislador s'hagués fet ressò de la jurisprudència que defensava que l'atribució durés fins a la independència econòmica del menor, i no fins a la fi de la dependència jurídica.⁴⁵ Aquest caràcter d'extinció automàtica per acabament de la guarda impossibilita una transició raonable, ja que si l'argument d'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda es justifica amb el manteniment del menor en el seu entorn, aquest mateix argument s'hauria d'aplicar als majors d'edat no independitzats econòmicament, que necessiten, també, aquell ambient.⁴⁶ És a dir, si la preocupació del legislador és la protecció del menor en el seu entorn, aquest mateix entorn s'hauria de proporcionar durant l'etapa formativa que ve després de l'arribada a la majoria d'edat i que és l'escenari previ a la independència econòmica.

44. Per a tot, vegeu G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills», p. 61 i 62.

45. S. ESPIAU ESPIAU, «El règim jurídic de l'habitatge familiar en situacions de crisi matrimonial», p. 16, esmenta la SAPB de 13 de juliol de 2007. Tanmateix, la jurisprudència no ha matisat el sentit de la norma, sinó al contrari. Vegeu G. RUBIO GIMENO, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills», p. 62, nota a peu de pàgina núm. 47, en què esmenta les STSJC 57/2018, de 21 de juny (RJ 2018/6122), i 44/2017, de 9 d'octubre (RJ 2017/5514), on el TSJC considera no emparada en la norma l'extensió temporal de l'atribució de l'ús de l'habitatge per raó de la guarda de la filla menor fins a la independència econòmica d'aquesta. Aquesta extensió només seria possible si els cònjuges haguessin pactat que l'ús es prolongaria fins a la independència econòmica dels fills.

46. Vegeu G. GONZÁLEZ COLOMA, *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución*, p. 152-153.

Això si no es vol permetre que el jutge tingui discrecionalitat a l'hora d'atribuir l'ús encara hi hagi fills menors, com hem dit. Si es tendeix a atribuir l'ús de l'habitatge per raó de la guarda fins a l'acabament d'aquesta, caldria equiparar els menors d'edat amb els majors que no tinguin independència econòmica, malgrat que aquesta postura té el risc d'estancament del major d'edat dependent econòmicament en l'habitatge familiar. Per aquest motiu, el més raonable fora desvincular de la guarda la necessitat de permanència del menor en l'habitatge familiar, sobretot quan aquest pertany en exclusiva al cònjuge que no té la guarda, perquè les necessitats d'habitatge poden ser cobertes en un altre domicili que no sigui el familiar. Si, malgrat tot, es continua insistint en la necessitat de permanència del menor en aquest entorn conegut que és l'habitatge familiar, caldria avalar la possibilitat per al jutge d'establir un termini més raonable (que no pas l'acabament de la guarda, sobretot en els casos en què el menor té una edat curta quan s'atribueix el dret d'ús i, per tant, el termini fins a la fi de la guarda és excessivament llarg) per a posar fi a l'atribució de l'ús.

Finalment, l'acabament de la guarda per raó de la mort de qui la tenia atribuïda extingeix, també, el dret d'ús (STSJC de 7 de febrer de 2019; RJ/2019/970), si bé aquesta extinció no exclou l'establiment d'una prestació que cobreixi les despeses habitacionals.

RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

Antoni Mut Piña

*Investigador predoctoral de dret civil
Universitat de Barcelona*

Aquest recull presenta les sentències dictades pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) en matèria civil des del 9 de juliol de 2020 fins a l'1 de juliol de 2021 que hem considerat més adients per a tractar aquí. Les sentències es presenten de manera cronològica i en l'anàlisi s'ofereix un breu resum a partir de la casuística en què es fonamenta la petició prejudicial, la normativa que el Tribunal ha d'interpretar i la decisió que finalment adopta.

1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA QUARTA) DE 9 DE JULIOL DE 2020, SOBRE LA RESPONSABILITAT DEL TRANSPORTISTA AERI EN MATÈRIA D'EQUIPATGE FACTURAT¹

D'acord amb aquesta resolució, el TJUE considera que ha de ser el jutge nacional el que ha de determinar, dins el límit màxim establert en el Conveni de Montreal (CM),² l'import de la indemnització que correspon a un passatger l'equipatge facturat del qual ha estat extraviat (§ 18 CM). Aquesta resolució té per origen la demanda contra la companyia Vueling Airlines, SA presentada davant el Jutjat Mercantil número 9 de Barcelona, en la qual la demandant —S. L.— sol·licitava la quantitat màxima prevista

1. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) (Sala Quarta) de 9 de juliol de 2020, assumpte C-86/19, Vueling Airlines, SA contra S. L.

2. El Conveni per a la unificació de certes regles per al transport aeri internacional, fet a Montreal el 28 de maig de 1999 i en vigor des del 4 de novembre de 2003, estableix en els seus articles 21 i 22 els límits màxims de responsabilitat dels transportistes aeris pels danys relacionats amb el transport de passatgers, equipatge i càrrega. Les sumes així establertes s'expressen en drets especials de gir, que és la unitat comptable establerta pel Fons Monetari Internacional (FMI).

en el Conveni de Montreal en concepte d'indemnització pels danys materials i morals soferts com a conseqüència de la pèrdua de l'equipatge.

En la demanda presentada, la part actora no va aportar cap indicació sobre quin era el contingut, el valor o el pes de l'equipatge extraviat i es va limitar a adduir les despeses derivades de la pèrdua per haver d'adquirir roba i productes de primera necessitat, però no va aportar justificants de les compres que va fer per a reposar els objectes perduts. La companyia, tot i admetre la pèrdua de l'equipatge, li oferí dos-cents cinquanta euros en concepte de reparació del perjudici patit però no demostrat.

Aleshores, malgrat que en la Sentència s'afirma que la indemnització deguda per un transportista aeri a un passatger en cas de destrucció, pèrdua, avaria o retard del seu equipatge facturat, sense que hi hagi una declaració especial del valor del lliurament d'aquest al lloc de destinació, s'ha de determinar, dins el límit fixat en l'article 22.2 CM, atenent les circumstàncies del cas concret (par. 34 STJUE), el Tribunal declara que la quantitat límit recollida en el Conveni de Montreal constitueix una indemnització màxima que no correspon *ipso iure* al passatger afectat. En conseqüència, el jutge nacional ha de determinar, dins d'aquest límit de mil quatre-cents euros, l'import de la indemnització deguda al passatger atenent les circumstàncies del cas concret i d'acord amb la normativa nacional en matèria de prova (§ 44 CM).

2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA QUARTA) DE 9 DE JULIOL DE 2020, SOBRE LA NOVACIÓ DE CONTRACTES DE PRÉSTEC HIPOTECARI AMB CLÀUSULA TERRA³

El TJUE es pronuncia en relació amb la qüestió prejudicial presentada l'11 de juliol de 2018 pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció Número 3 de Terol, l'objecte de la qual era la interpretació de la Directiva sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors.⁴ En aquest sentit, el Tribunal ha de pronunciar-se sobre la validesa de les novacions realitzades en el marc d'un procés general de renegociació de préstecs iniciat per l'entitat bancària Ibercaja amb l'objectiu de reformular les clàusules terra potencialment abusives; en concret, sobre la validesa de l'acceptació per part del deutor tant de la reducció del tipus d'interès terra com de la renúncia a exercitar qualsevol acció que tingui com a causa aspectes relatius a la formalització, les clàusules, les liquidacions o els pagaments fets fins a la data.

3. STJUE (Sala Quarta) de 9 de juliol de 2020, assumpte C-452/18, Ibercaja Banco, SA contra X. Z.

4. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOCE), núm. 95 (21 d'abril de 1993), p. 29-34.

En aquest sentit, el Tribunal recorda que, d'acord amb la seva jurisprudència, el dret a la protecció efectiva del consumidor comporta la facultat de renunciar a fer valer els seus drets⁵ (paràgraf [§] 25 STJUE). El jutge nacional ha de valorar la voluntat manifestada pel consumidor quan expressa que, tot i ser conscient del caràcter no vinculant de la clàusula terra, és contrari a la seva exclusió. No obstant això, la Sentència indica que només en el cas que en el moment de la renúncia el consumidor sigui conscient del caràcter no vinculant d'aquesta clàusula i de les conseqüències que això comporta, es podrà considerar que l'adhesió del consumidor a la novació de tal clàusula procedeix d'un consentiment lliure i informat, extrem que, a més, correspon al jutge nacional de comprovar.

Així doncs, el Tribunal declara que l'article 6.1⁶ de la Directiva 93/13 ha d'interpretar-se de manera que una clàusula d'un contracte celebrat amb un consumidor el caràcter abusiu de la qual pot ser declarat judicialment, pot ser objecte d'un contracte de novació entre professional i consumidor si aquest darrer renuncia als efectes que podrien derivar-se de la declaració del caràcter abusiu d'aquesta, sempre que el consentiment sigui lliure i informat (par. 30 STJUE).

Per altra banda, respecte a si pot ser declarada abusiva la clàusula d'un contracte celebrat entre un professional i un consumidor amb la finalitat de modificar una clàusula potencialment abusiva d'un contracte anterior celebrat entre ambdós, el Tribunal determina que si bé una clàusula no negociada individualment és la que està redactada amb la voluntat de ser utilitzada de manera generalitzada,⁷ això no implica que si la nova clàusula té per objecte modificar una clàusula anterior no negociada individualment s'eximeixi *per se* el jutge nacional de la seva obligació de comprovar si el consumidor ha pogut influir efectivament sobre el contingut d'aquesta (par. 34 STJUE). Per aquest motiu, el TJUE afirma que l'article 3 de la Directiva 93/13 indica que les clàusules que modifiquin clàusules potencialment abusives no han estat negociades individualment i, per tant, poden ser declarades abusives.

A més a més, l'exigència de transparència que imposa la Directiva a un professional implica que, quan aquest celebra amb un consumidor un contracte de préstec hipotecari amb un tipus d'interès variable i que estableix una clàusula terra, ha de situar-se el consumidor en condicions de comprendre les conseqüències econòmiques que per a ell es deriven del mecanisme establert per mitjà de la clàusula referida,

5. Vegeu, en aquest sentit, l'apartat 25 de la STJUE de 14 d'abril de 2016, assumptes C-381/14 i C-385/14, S. S. contra D. B. (EU:C:2016:252).

6. L'article 6.1 de la Directiva estipula que els estats membres han d'establir que no vincularan el consumidor, en les condicions estipulades pels seus drets nacionals, les clàusules abusives que figurin en un contracte celebrat entre aquest i un professional, i han de disposar que el contracte continuarà sent obligatori per a les parts en els mateixos termes, si pot subsistir sense les clàusules abusives.

7. En aquest sentit, la novació del préstec s'emmarca en un procés de negociació general de l'entitat de crèdit amb la voluntat de retirar totes les clàusules terra potencialment abusives dels seus contractes.

en particular posant a la seva disposició la informació relativa a l'evolució anterior de l'índex a partir del qual es calcula el tipus d'interès. Els deures de transparència no es limiten a una comprensió formal i gramatical de la clàusula (§ 44 CM). Així doncs, els articles 5 i 4 de la Directiva 93/13 impedeixen la satisfacció del requisit de transparència si l'entitat no ha situat el consumidor en condicions de comprendre les conseqüències econòmiques que per a ell es deriven de l'operació que vol fer.

Finalment i en el mateix sentit, el consumidor que no hagi pogut disposar de la informació pertinent relativa a la comprensió de les conseqüències jurídiques que es deriven d'una clàusula de renúncia a l'exercici de drets, no resta vinculat per aquesta. De fet, el Tribunal indica que admetre la possibilitat que el consumidor renunciï prèviament als drets que li confereix el sistema de protecció establert per la Directiva, seria contrari al caràcter imperatiu del precepte esmentat i posaria en perill l'eficàcia del sistema (par. 76 STJUE).

3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA PRIMERA) DE 9 DE JULIOL DE 2020, SOBRE LA RELACIÓ ENTRE DISPOSICIONS LEGALS O REGLAMENTÀRIES IMPERATIVES I CLÀUSULES ABUSIVES EN CONTRACTES CELEBRATS AMB CONSUMIDORS⁸

En el context d'un procediment de refinançament d'un contracte de préstec amb moneda estrangera —francs suïssos—, el TJUE es veu obligat a dirimir si les clàusules no negociades d'un contracte que recullen normes dispositives de dret nacional poden ser sotmeses a l'anàlisi d'abusivitat de la Directiva 93/13.⁹

Els demandants, N. G. i O. H., sol·licitaren la contenció i l'estabilització del tipus de canvi atès el suposat caràcter abusiu de la clàusula continguda en les condicions generals de contractació que recollia el principi del nominalisme monetari.¹⁰ Contra el recurs interposat per la demandant, Banca Transsilvània al·legà que la clàusula segons la qual tot pagament efectuat en virtut d'aquest contracte s'havia de pagar en la moneda indicada en el contracte de préstec, en primer lloc forma part de l'objecte principal d'aquest contracte i, per altra banda, reflecteix una disposició legislativa imperativa

8. STJUE (Sala Primera) de 9 de juliol de 2020, assumpte C-81/19, SC Banca Transsilvània, SA, contra N. G. i O. H.

9. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, DOCE núm. 95 (21 d'abril de 1993), p. 29-34.

10. D'acord amb el principi nominalista, l'abast d'una obligació monetària es defineix d'acord amb la suma de la unitat nominal inclosa en ella. La llei no té en compte els canvis de valor: ni el valor extern en les seves relacions amb les monedes estrangeres, ni el valor intern mesurat pel seu poder adquisitiu.

—art. 1578 del Codi civil romanès— de dret nacional, fets que impedeixen, d'acord amb l'article 1.2 de la Directiva 93/13,¹¹ que sigui sotmesa a un control d'abusivitat.

El Tribunal recorda que l'article 1.2 de la Directiva 93/13 exclou de l'àmbit d'aplicació d'aquesta les clàusules que reflecteixin disposicions imperatives de dret nacional, ja siguin legals, ja siguin reglamentàries (par. 36 STJUE). Justifica aquesta exclusió el 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 (par. 27 STJUE). I, per tant, el Tribunal conclou succintament 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 de la Directiva 93/13 (par. 39 STJUE).

4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (GRAN SALA) DE 16 DE JULIOL DE 2020, SOBRE LA TRANSFERÈNCIA DE DADES PERSONALS A TERCERS PAÏSOS AMB FINALITATS COMERCIALS¹²

En el marc d'un litigi davant la High Court¹³ irlandesa entre el comissari per a la protecció de dades —Irlanda— i Facebook Ireland Ltd., relatiu a una reclamació presentada per un usuari austríac de la xarxa social Facebook en la qual se sol·licita que es prohibeixi la transferència de les dades personals de Facebook Ireland Ltd. a Facebook Inc. —entitat resident als Estats Units—, es formulen davant el TJUE unes qüestions prejudicials encaminades a discernir l'aplicabilitat de la normativa europea en matèria de transferència de dades personals quan una empresa privada d'un estat membre les cedeix a una empresa privada d'un tercer país amb finalitats comercials, de manera que poden ser tractades posteriorment per les autoritats d'aquest tercer país.¹⁴

11. L'article 1.2 de la Directiva 93/13 estableix que les clàusules contractuales que reflecteixen disposicions legals o reglamentàries imperatives, així com les disposicions o els principis dels convenis internacionals en què els estats membres o la Comunitat són part, no estaran sotmeses a les disposicions de la present directiva.

12. STJUE (Gran Sala) de 16 de juliol de 2020, assumpte C-311/18, Data Protection Commissioner contra Facebook Ireland Limited i M. S.

13. La High Court irlandesa és l'organisme judicial de la República d'Irlanda amb plena jurisdicció per a determinar tots els assumptes relacionats amb qüestions civils.

14. En el marc del programa de vigilància electrònica operat per l'Agència de Seguretat Nacional dels Estats Units (National Security Agency, NSA), determinats proveïdors de serveis d'Internet —entre els quals es troba Facebook Inc.— estan obligats a proporcionar a la NSA totes les comunicacions envia- des i rebudes per un «selector», una part de les quals es transmet també a l'Oficina Federal d'Investigació

Així doncs, el TJUE es veu obligat a interpretar l'article 3 de la Directiva 95/46/CE,¹⁵ relatiu a l'àmbit d'aplicació de la normativa europea de protecció de les persones físiques en el tractament de les seves dades personals, així com les connexions que s'estableixen entre la directiva esmentada i les decisions de la Comissió 2010/87¹⁶ i 2016/1250.¹⁷

En aquesta línia, el TJUE conclou que, en relació amb el tractament de dades personals i la lliure circulació d'aquestes, la transferència de dades personals feta amb finalitats comercials per un operador econòmic establert en un estat membre a un altre operador econòmic establert en un país tercer —tot i la possibilitat de tractament posterior per part de les autoritats d'aquest tercer estat— està compresa dins de l'àmbit d'aplicació de la normativa europea en matèria de protecció de les persones físiques respecte al tractament de dades personals i la seva lliure circulació (par. 85 STJUE). A més a més, el Reglament 2016/679¹⁸ ha d'interpretar-se en el sentit que els drets de les persones les dades de les quals es transfereixen a un tercer país, gaudeixen d'un nivell de protecció substancialment equivalent al garantit dintre de la Unió Europea. Així doncs, per a valorar el grau de compliment d'aquest nivell de protecció indicat no solament s'ha d'atendre l'entitat tercera a qui se cedeixen les dades, sinó els eventuais accessos a aquestes que puguin fer les autoritats públiques d'aquest tercer país.

Així doncs, si no existeix una decisió d'adequació adoptada vàlidament per la Comissió Europea, l'autoritat de control competent està obligada a suspendre o a prohibir una transferència de dades al país tercer basada en clàusules tipus de protecció de dades, quan aquesta autoritat de control considera, tenint en compte totes les circumstàncies específiques de la transferència referida, que no es respecten o no poden respectar-se les clàusules en aquest país tercer i que la protecció de les dades transferides exigida pel dret de la Unió no es pot garantir per altres mitjans.

Finalment, pel que fa a la Decisió d'execució 2016/1250, relativa a l'escut de privacitat UE-EUA, el Tribunal constata que és invàlida d'acord amb la Directi-

(Federal Bureau of Investigation, FBI) i a l'Agència Central d'Intel·ligència (Central Intelligence Agency, CIA).

15. Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (DO 1995, L 281, p. 31).

16. Decisió de la Comissió 2010/87/UE, de 5 de febrer de 2010, relativa a les clàusules contractuals tipus per a la transferència de dades personals als encarregats del tractament establerts en tercers països (DO 2010, L 39, p. 5).

17. Decisió d'execució (UE) 2016/1250 de la Comissió, de 12 de juliol de 2016, d'acord amb la Directiva 95/46, sobre l'adequació de la protecció conferida per l'escut de la privacitat UE-EUA (DO 2016, L 207, p. 1).

18. Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades).

va 95/46/CE, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades. El Tribunal afirma, en aquest sentit, que, contràriament al que va ser considerat per la Comissió, el mecanisme del defensor del poble considerat en aquesta decisió no proporciona cap via de recurs davant un òrgan que ofereixi garanties substancialment equivalents a les exigides pel dret de la Unió (par. 197 STJUE).

5. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SISENA) DE 16 DE JULIOL DE 2020, SOBRE LA DELIMITACIÓ DEL CONCEPTE DE *COST TOTAL DEL CRÈDIT PER AL CONSUMIDOR* EN CONTRACTES DE CRÈDIT AL CONSUM¹⁹

En aquesta sentència el TJUE delimita el concepte de *cost total del crèdit per al consumidor* de la Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2008, relativa als contractes de crèdit al consum.²⁰ Mitjançant les qüestions prejudicials (par. 25 STJUE), l'òrgan jurisdiccional remitent demana, en essència, si el concepte de «cost total del crèdit per al consumidor», de l'article 3g de la Directiva 2008/48, inclou les despeses de pròrroga del crèdit i si les condicions d'aquesta formen part de les clàusules acordades entre el prestador i el prestatari.

El litigi que suscita la controvèrsia esmentada es desenvolupa en el marc d'un contracte de crèdit al consum en què es concedeix una pròrroga del crèdit com a mesura encaminada a evitar l'impagament. D'acord amb l'entitat creditícia, atès que la pròrroga del crèdit no es coneixia en el moment de la celebració del contracte, és a dir, en el moment en què es determina el cost total del crèdit i es calcula la taxa (d'interès) anual equivalent (TAE), les despeses d'aquesta pròrroga no es poden incloure en el cost total del crèdit. En tot cas, tal com avançàvem, l'òrgan jurisdiccional que remet la qüestió al TJUE té dubtes a l'hora de discernir si el cost total del crèdit ha d'incloure les despeses associades a una possible pròrroga, atès que les condicions d'aquesta formen part de les clàusules i condicions acordades entre el prestador i el prestatari en el contracte.

Per a començar, el Tribunal recorda que, segons l'article 3g de la Directiva 2008/48, el concepte de *cost total del crèdit per al consumidor* ha d'incloure els interessos, les comissions, els impostos i qualsevol altre tipus de despesa que el con-

19. STJUE (Sala Sisena) de 16 de juliol de 2020, assumpte C-686/19, SIA Soho Group contra Patērētāju Tiesību Aizsardzības Centrs.

20. Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2008, relativa als contractes de crèdit al consum i per la qual es deroga la Directiva 87/102/CEE del Consell, *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE), núm. 133 (22 de maig de 2008), p. 66-92.

sumidor hagi de pagar en relació amb el contracte de crèdit, que siguin coneguts pel prestador, amb l'excepció de les despeses de notaria (par. 28 STJUE). I recorda que en cap cas s'especifica si les despeses a què es refereix únicament es limiten a les vinculades a l'obtenció del crèdit (par. 29 STJUE).

Per tant, d'aquesta redacció es desprèn que el concepte de *cost total del crèdit per al consumidor* comprèn qualsevol tipus de despesa coneguda per l'entitat que el consumidor hagi de pagar en relació amb el contracte de crèdit,²¹ i que entre aquestes despeses s'han d'incloure, així mateix, els costos dels serveis accessoris relacionats amb el contracte de crèdit i els costos vinculats a la seva utilització. El TJUE opta per partir d'una definició àmplia que no comprometi el caràcter tuitiu de la norma envers els consumidors i que el porta a afirmar que el concepte de *cost total del crèdit per al consumidor* que figura en l'article 3g de la Directiva 2008/48 s'ha d'interpretar en el sentit que aquest concepte inclou les despeses de la pròrroga eventual del crèdit quan, d'una banda, les condicions concretes i precises d'aquesta pròrroga eventual, inclosa la durada, formen part de les clàusules i condicions del contracte de crèdit acordades entre el prestador i el prestatari i, d'altra banda, quan aquestes despeses són conegudes pel prestador (par. 54 STJUE).

6. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA VUITENA) DE 3 DE SETEMBRE DE 2020, SOBRE L'OBLIGACIÓ DEL TRANSPORTISTA AERI D'OFERIR ALLOTJAMENT ALS PASSATGERS DE VOLS CANCEL·LATS²²

En el context d'un litigi entre N. M., administradora concursal de NIKI Luftfahrt GmbH —companyia de transport aeri—, i O. N. —consumidor—, en el qual aquest últim presentà una demanda d'indemnització pels danys i perjudicis que va patir en el recinte d'un hotel en el qual NIKI Luftfahrt l'havia allotjat arran de la cancel·lació del seu vol, el TJUE es veu forçat a interpretar l'article 9.1b²³ del Reglament (CE) 261/2004.

21. Segueix la línia jurisprudencial evidenciada en les STJUE de 21 d'abril de 2016, assumpte C-377/14, R. contra R. (EU:C:2016:283) (par. 84 STJUE); de 8 de desembre de 2016, assumpte C-127/15, Verein für Konsumenteninformation (EU:C:2016:934) (par. 34 STJUE), i de 12 de juliol de 2012, assumpte C-602/10, SC Volksbank România (EU:C:2012:443) (par. 65 STJUE).

22. STJUE (Sala Vuitena) de 3 de setembre de 2020, assumpte C-530/19, N. M., com a administrador concursal en el procediment d'insolvència de NIKI Luftfahrt GmbH, i O. N.

23. L'article 9 del Reglament (CE) 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer de 2004, pel qual s'estableixen normes comunes sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols, i es deroga el Reglament (CEE) 295/91 (DO 2004, L 46, p. 1), estableix que «quan es faci referència a aquest article [al dret d'atenció], s'oferirà gratuïtament als passatgers: [...] b) allotjament en un hotel en els casos: —en què sigui necessari pernoctar una o diverses nits, o —en què sigui necessària una estada addicional a la prevista pel passatger».

En concret, ha d'esclarir si un transportista aeri que, d'acord amb l'article 5.1b²⁴ del Reglament (CE) 261/2004, està obligat a prestar assistència d'acord amb l'article 9.1b d'aquest mateix reglament, ha de respondre en virtut del reglament esmentat dels danys resultants d'una lesió soferta per un passatger com a conseqüència dels actes negligents dels empleats de l'hotel posat a disposició pel transportista aeri, i si, en tot cas, l'obligació del transportista aeri que s'estableix en l'article 9.1b del Reglament (CE) 261/2004 es limita a trobar un hotel per al passatger i a assumir les despeses d'allotjament, o bé el transportista aeri és deutor de la prestació d'allotjament com a tal.

El Tribunal confirma que l'article 9.1b del Reglament (CE) 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer de 2004, pel qual s'estableixen normes comunes sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols, i es deroga el Reglament (CEE) 295/91, s'ha d'interpretar no només de manera literal, sinó d'acord amb el seu context (par. 23 STJUE). En aquest sentit i en virtut d'aquesta disposició, l'obligació del transportista aeri és oferir gratuïtament allotjament en un hotel als passatgers a què es refereix la disposició esmentada, i això no implica que aquest transportista estigui obligat a ocupar-se de les condicions d'allotjament com a tals, ja que, d'acord amb el Tribunal, una interpretació àmplia del precepte no buidaria de contingut l'obligació (par. 30 STJUE).

Així doncs, finalment el TJUE conclou que un transportista aeri que, en virtut de l'article 9.1b del Reglament, ha ofert allotjament en un hotel a un passatger el vol del qual ha estat cancel·lat, no pot estar obligat, exclusivament sobre la base del Reglament, a compensar el perjudici que li ha ocasionat una falta comesa pel personal d'aquest hotel.

24. L'article 5.1b del Reglament (CE) 261/2004 estableix que el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol oferirà assistència als passatgers afectats d'acord amb la lletra *a* de l'apartat 1 i l'apartat 2 de l'article 9, així com, en el cas que se'ls ofereixi un transport alternatiu quan la sortida prevista del nou vol sigui com a mínim l'endemà de la sortida programada del vol cancel·lat, l'assistència especificada en les lletres *b* i *c* de l'apartat 1 de l'article 9.

7. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA VUITENA) DE 3 DE SETEMBRE DE 2020, SOBRE EL DRET A COMPENSACIÓ EN CAS DE RETARD O CANCEL·LACIÓ D'UN VOL²⁵

En el marc d'un procediment de reclamació per retard amb dret a una indemnització reconeguda pel Reglament (CE) 261/2004²⁶ del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer de 2004, pel qual s'estableixen normes comunes sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols, i es deroga el Reglament (CEE) 295/91, el TJUE ha de determinar si la indemnització pot exigir-se en la moneda del lloc de residència de la persona afectada.

La companyia aèria es va oposar a la reclamació de compensació, entre altres raons, perquè aquesta s'havia expressat en una moneda equivocada —en eslotis polonesos, i no en euros— d'acord amb el que disposa el dret nacional. Respecte a això, el Tribunal assenyala que de la comparació entre els apartats 1 i 3 de l'article 7 del Reglament esmentat no pot deduir-se un marge de discrecionalitat que impedeixi el pagament en una moneda nacional diferent de l'euro (par. 20 i 21 STJUE). De fet, el Tribunal afirma que el principal objectiu del Reglament és garantir un nivell de protecció elevat per als consumidors (par. 22 STJUE). D'això es dedueix que el dret a compensació previst en l'article 7²⁷ del Reglament (CE) 261/2004 s'ha d'interpretar en sentit ampli (par. 24 STJUE) i, per tant, el fet de condicionar el dret a compensació per aquests perjudicis al fet que la compensació deguda s'aboni al passatger perjudicat en euros, amb exclusió de qualsevol altra moneda nacional, equivaldria a restringir l'exercici d'aquest dret (par. 26 STJUE). A més, aquest dret s'aplica als passatgers sense fer cap distinció que es basi en la seva nacionalitat o lloc de residència, sinó atenent, tal com determina l'article 3.1*a* i *b* del Regament,²⁸ un criteri purament objectiu —localització de l'aeroport de sortida— (par. 27 STJUE).

25. STJUE (Sala Vuitena) de 3 de setembre de 2020, assumpte C-365/19, Delfly Sp. Z. O. O. contra Smartwings Poland Sp. Z. O. O., anteriorment Travel Service Polska Sp. Z. O. O.

26. Reglament (CE) 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell.

27. L'article 7 del Reglament (CE) 261/2004 estableix els supòsits i les quanties del dret a compensació reconegut en cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols.

28. L'article 3.1*a* i *b* del Reglament (CE) 261/2004 estableix que aquest s'aplica als passatgers que parteixin d'un aeroport situat en el territori d'un estat membre subjecte a les disposicions del Tractat i als passatgers que parteixin d'un aeroport situat en un tercer país amb destinació a un altre país situat en el territori d'un estat membre subjecte a les disposicions del Tractat, llevat que gaudeixin de beneficis o compensació i d'assistència en aquest tercer país, quan el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol en qüestió sigui un transportista comunitari.

Per aquest motiu, el Reglament (CE) 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer de 2004, i en particular el seu article 7.1, s'ha d'interpretar en el sentit que un passatger el vol del qual ha estat cancel·lat o ha patit un gran retard pot exigir el pagament de l'import de la compensació a què es refereix aquesta disposició en la moneda nacional de curs legal en el seu lloc de residència, encara que existeixi una disposició normativa o pràctica jurisprudencial d'un estat membre que desestimi la demanda interposada per un passatger per haver expressat l'import reclamat en aquella moneda nacional (par. 35 STJUE).

8. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SISENA) DE 10 DE SETEMBRE DE 2020, SOBRE CLÀUSULES ABUSIVES EN CONTRACTES D'ARRENDAMENT CELEBRATS AMB CONSUMIDORS²⁹

El Tribunal ha d'analitzar si és abusiva una clàusula penal, inserida en el contracte via condicions generals,³⁰ segons la qual, en cas d'incompliment de la prohibició de subarrendar l'habitatge, l'arrendatari està obligat a abonar a l'arrendador una penalització de cinc mil euros exigible directament, sens perjudici del dret d'aquest últim a sol·licitar la reparació íntegra del dany, quan les condicions generals ja inclouen una clàusula penal general, anomenada «residual», aplicable en cas d'incompliment per l'arrendatari de qualsevol de les seves obligacions contractuals, quan no s'apliqui cap clàusula penal especial.

En concret, el Tribunal ha de determinar com s'ha d'interpretar l'efecte acumulatiu consagrat en la Directiva 93/13/CEE³¹ i ha d'examinar si la indemnització per danys i perjudicis que s'imposa al consumidor que incompleix les seves obligacions és desproporcionadament alta en el sentit del punt 1e³² de l'annex de la Directiva esmentada. Tal com indicàvem, el cas versa sobre la coexistència de multiplicitat de clàusules de penalització que estan vinculades a incompliments de naturalesa diversa i els quals, per les seves característiques, no han de produir-se necessàriament de manera conjunta. Per tant, l'objectiu del Tribunal és analitzar si té alguna rellevància el fet que, en relació amb els incompliments en virtut dels quals es reclama la penalització,

29. STJUE (Sala Sisenà) de 10 de setembre de 2020, assumpte C-739/19, A. contra B. i C.

30. Ens referim a les Condicions generals relatives a l'arrendament d'habitatges socials, d'1 de novembre de 2016, o *Algemene Voorwaarden Sociale Woonruimte*.

31. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, DOCE, núm. 95 (21 d'abril de 1993), p. 29-34.

32. La Directiva 93/13 considera en el punt 1e de l'annex que imposar una indemnització desproporcionadament alta al consumidor que no complia amb les seves obligacions es pot considerar una clàusula abusiva.

se sol·liciti també una indemnització consistent en el lliurament del benefici obtingut il·lícitament (par. 17 STJUE), i si la clàusula que ho considera és o no abusiva.

En essència, el Tribunal ha dirimir si els articles 3.1, 3.3 i 4.1 de la Directiva 93/13/CEE s'han d'interpretar en el sentit que, quan un òrgan jurisdiccional nacional examina l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula d'un contracte celebrat amb un consumidor, ha de tenir en compte totes les clàusules d'aquest contracte o bé només algunes d'elles per a apreciar si la indemnització imposada al consumidor és excessivament alta, en el sentit del punt 1e de l'annex de la Directiva, o si tal examen ha de versar exclusivament sobre les clàusules relatives al mateix incompliment.

En aquest sentit, el Tribunal recorda que, d'acord amb l'article 4.1 de la Directiva esmentada, el jutge nacional, per a apreciar el caràcter eventualment abusiu de la clàusula contractual en què es basi la demanda de la qual conegui, ha de tenir en compte la resta de clàusules del contracte³³ (par. 25 STJUE). Així doncs, el Tribunal afirma que no totes les clàusules d'un contracte revesteixen la mateixa importància i que el grau d'interacció d'una determinada estipulació amb altres estipulacions depèn necessàriament del seu abast respectiu i de la mesura en què cadascuna d'elles contribueixi a un eventual desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte controvertit (par. 26 STJUE).

Així doncs, la Directiva 93/13/CEE s'ha d'interpretar en el sentit que, quan un òrgan jurisdiccional nacional examina l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula d'un contracte celebrat amb un consumidor, ha de tenir en compte el grau d'interacció de l'estipulació controvertida amb altres clàusules per tal d'apreciar el possible caràcter desproporcionadament alt de la primera. En aquest cas, a l'hora de determinar l'abusivitat de la indemnització imposada al consumidor s'ha de donar una importància significativa a totes les clàusules que facin referència a l'incompliment (par. 39 STJUE).

9. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SISENA) DE 8 D'OCTUBRE DE 2020, SOBRE EL DESISTIMENT EN EL SUBMINISTRAMENT DE CONTINGUTS I SERVEIS DIGITALS³⁴

Aquesta sentència es desenvolupa en el context d'un litigi entre E. U., que actua en la seva condició de consumidor, i PE Digital GmbH en relació amb l'import que

33. Segueix, en aquest sentit, la jurisprudència consagrada en les STJUE de 16 de novembre de 2010, *Pohotovost'*, assumpte C-76/10 (EU:C:2010:685) (par. 29 STJUE); de 21 d'abril de 2016, *Radlinger i Radlingerová*, assumpte C-377/14 (EU:C:2016:283) (par. 94 STJUE), i d'11 de març de 2020, *Lintner*, assumpte C-511/17 (EU:C:2020:188) (par. 46 STJUE).

34. STJUE (Sala Sisenà) de 8 d'octubre de 2020, assumpte C-641/19, E. U. contra P. E. Digital GmbH.

ha d'abonar-se a aquesta última com a conseqüència de l'exercici, per part d'E. U., del dret a desistir del contracte celebrat entre ambdues parts. El litigi se centra en la determinació de l'import proporcional a la part ja prestada del servei en el moment en què el consumidor ha informat el comerciant de l'exercici del dret de desistiment, en el sentit de l'article 14.3³⁵ de la Directiva 2011/83,³⁶ ja que l'òrgan jurisdiccional remitent considera que no només s'ha d'atendre la prestació proporcionada pel comerciant, sinó també el valor de la prestació rebuda pel consumidor.

Així doncs, el TJUE ha d'interpretar si l'article 14.3 de la Directiva 2011/83, tenint en compte el considerant 50,³⁷ determina que en el cas d'un contracte en virtut del qual no ha de realitzar-se una prestació única, sinó que ha de prestar-se un servei global compost per diverses prestacions parcials, l'import proporcional a la part ja prestada del servei en el moment en què el consumidor ha informat el comerciant de l'exercici del dret de desistiment en relació amb l'objecte total del contracte, s'ha de calcular exclusivament *pro rata temporis*³⁸ quan el consumidor paga pel servei global *pro rata temporis* però les prestacions parcials es realitzen en moments diferents. I ha d'interpretar també si l'article 14.3 de la Directiva 2011/83 determina que l'import

35. L'article 14.3 de la Directiva 2011/83 determina que quan un consumidor exerceixi el dret de desistiment després d'haver realitzat una sol·licitud de conformitat amb el que disposa en els articles 7.3 o 8.8, el consumidor ha d'abonar al comerciant un import proporcional a la part ja prestada del servei en el moment en què el consumidor ha informat el comerciant de l'exercici del dret de desistiment en relació amb l'objecte total del contracte. L'import proporcional que haurà d'abonar el consumidor al comerciant s'ha de calcular sobre la base del preu total acordat en el contracte. En cas que el preu total sigui excessiu, l'import proporcional s'ha de calcular sobre la base del valor de mercat de la part ja prestada del servei.

36. Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors, per la qual es modifiquen la Directiva 93/13/CEE del Consell i la Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell, i es deroguen la Directiva 85/577/CEE del Consell i la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell, DOUE, núm. 304 (22 de novembre de 2011), p. 64-88.

37. La Directiva 2011/83 determina en el seu considerant 50 que el consumidor, d'una banda, ha de poder gaudir del dret de desistiment encara que hagi sol·licitat la prestació dels serveis abans que finalitzi el període de desistiment. I, d'altra banda, si el consumidor exerceix el seu dret de desistiment, el comerciant ha de tenir garanties que se li pagarà convenientment el servei que ha prestat. El càlcul de l'import proporcional s'ha de basar en el preu acordat en el contracte, llevat que el consumidor demostrï que el preu total és per si mateix desproporcionat; en aquest cas, l'import que s'ha de pagar s'haurà de calcular sobre la base del valor de mercat del servei prestat. El valor de mercat s'ha d'establir a partir del preu d'un servei equivalent prestat per altres comerciants en el moment de la celebració del contracte. Per tant, el consumidor ha de demanar l'execució del servei mitjançant una sol·licitud expressa abans que finalitzi el termini de desistiment i, en el cas d'un contracte celebrat fora de l'establiment mercantil, en un suport durador. De la mateixa manera, el comerciant ha d'informar el consumidor, utilitzant un suport durador, de la seva obligació d'abonar la part proporcional del cost dels serveis ja prestats. En el cas de contractes que tinguin per objecte béns i serveis, les normes previstes en la present directiva sobre la devolució de béns s'han d'aplicar als elements relatius als béns i el règim de compensació s'ha d'aplicar als elements relatius als serveis.

38. Qualsevol pagament que no és fix, sinó que és cobrat en proporció al temps transcorregut.

proporcional a la part ja prestada del servei en el moment en què el consumidor hagi informat el comerciant de l'exercici del dret de desistiment en relació amb l'objecte total del contracte, que ha de pagar el consumidor, també s'ha de calcular únicament *pro rata temporis* quan una prestació (parcial) es realitza de forma continuada però té més o menys valor per al consumidor a l'inici de la durada contractual.

El Tribunal també ha de dirimir si es poden considerar com a «continguts digitals» en el sentit de l'article 2.11 de la Directiva 2011/83 i de l'article 2.1³⁹ de la Directiva 2019/770,⁴⁰ els fitxers subministrats com a prestació parcial en el marc d'un servei global prestat principalment com a servei digital. Això implicaria que el comerciant podria aconseguir l'extinció del dret de desistiment d'acord amb l'article 16^m de la Directiva 2011/83 pel que fa a la prestació parcial, però el consumidor, en cas que el comerciant no ho aconseguís, podria desistir del contracte en el seu conjunt i, en virtut de l'article 14.4^b, incís ii), de la Directiva 2011/83, no hauria de pagar cap compensació per aquesta prestació parcial.

I, finalment, ha d'interpretar l'article 14.3 de la Directiva 2011/83, d'acord amb el seu considerant 50, per a determinar si el preu total acordat contractualment per a un servei és «excessiu» quan és significativament superior al preu total acordat amb un altre consumidor per un servei del mateix contingut prestat durant el mateix període contractual i subjecte a les mateixes condicions generals.

En aquest sentit, el Tribunal recorda que, en virtut de l'article 14 de la Directiva 2011/83, quan un consumidor hagi sol·licitat al comerciant que iniciï l'execució del contracte abans de l'expiració del termini, haurà de pagar al comerciant «un import proporcional a la part ja prestada del servei en el moment en què el consumidor hagi informat el comerciant de l'exercici del dret de desistiment, en relació amb l'objecte total del contracte» (par. 27 STJUE). Aquest import s'haurà de calcular, en principi, tenint en compte totes les prestacions objecte del contracte, és a dir, la prestació principal i les prestacions accessòries necessàries per a garantir la prestació principal, llevat que s'hagi pactat expressament que una o diverses prestacions es duren a terme per separat, cas en què únicament s'haurà d'atendre el preu d'aquesta prestació (par. 28 STJUE). El Tribunal, en aquest sentit, acaba per confirmar que, atès que en el contracte controvertit no s'havia previst cap prestació separada (par. 31 STJUE), per a determinar l'import proporcional que el consumidor ha d'abonar al comerciant quan

39. L'article 2.1 de la Directiva 2019/771 determina que un servei digital és un servei que permet al consumidor crear, tractar, emmagatzemar o consultar dades en format digital, o un servei que permet compartir dades en format digital carregades o creades pel consumidor o altres usuaris d'aquest servei, o interactuar de qualsevol altra manera amb aquestes dades.

40. Directiva (UE) 2019/771 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns, per la qual es modifiquen el Reglament (UE) 2017/2394 i la Directiva 2009/22/CE, i es deroga la Directiva 1999/44/CE, DOUE, núm. 136 (22 de maig de 2019), p. 28-50.

aquell hagi sol·licitat expressament que l'execució del contracte comenci durant el termini de desistiment i desisteixi del contracte escau, en principi, prendre en consideració el preu acordat en el contracte i calcular l'import degut *pro rata temporis* (par. 32 STJUE).

Respecte al preu excessiu en comparació amb l'ofert a la generalitat de consumidors, el Tribunal confirma que una interpretació d'acord amb el considerant 50 de la Directiva 2011/83 indica que, per a apreciar si el preu total és excessiu escau tenir en compte el preu del servei ofert pel comerciant a altres consumidors en les mateixes condicions i el dels serveis equivalents prestats per altres comerciants en el moment de la celebració del contracte (par. 37 STJUE).

Finalment, respecte a la qualificació com a producte digital de l'article 16*m* de la Directiva 2011/83, llegit en relació amb el seu article 2.11, el Tribunal confirma que s'ha d'interpretar en el sentit que l'elaboració, per un lloc d'Internet dedicat a la recerca de parella, d'un informe d'avaluació de la personalitat sobre la base d'un test de personalitat realitzat per aquest lloc no constitueix un subministrament de «contingut digital» (par. 46 STJUE).

10. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SISENA) DE 21 D'OCTUBRE DE 2020, SOBRE EL DESISTIMENT RESPECTE A BÉNS JA CONFECCIONATS D'ACORD AMB LES ESPECIFICACIONS DEL CONSUMIDOR⁴¹

En el context d'un litigi entre Möbel Kraft GmbH & Co KG, una societat alemanya de venda de mobles, i M. L., un consumidor, relatiu a una demanda d'indemnització per danys i perjudicis derivada del desistiment per part de M. L. d'un contracte en què el consumidor sol·licitava la compra d'una cuina completa, el Tribunal ha de dirimir si s'aplica l'exclusió del dret al desistiment que preveu l'article 16*c*⁴² de la Directiva 2011/83⁴³ també quan els béns són confeccionats de conformitat amb les especificacions del consumidor però el venedor encara no ha començat a confeccionar-los i l'adaptació al domicili del consumidor no l'haurien fet tercers, sinó el mateix venedor. El Tribunal també s'ha de manifestar sobre la rellevància de poder restablir els béns al seu estat anterior a la seva individualització amb un cost de desmuntatge reduït.

41. STJUE (Sala Sisená) de 21 d'octubre de 2020, assumpte C-529/19, Möbel Kraft GmbH & Co. KG contra M. L.

42. L'article 16.c de la Directiva 2011/83 estableix que no hi ha dret a desistir en cas de subministrament de béns confeccionats de conformitat amb les especificacions del consumidor o quan siguin clarament personalitzats.

43. Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, p. 64-88.

En aquest sentit, el Tribunal afirma que en la redacció de l'article 16c de la Directiva 2011/83 res no indica que l'excepció del dret de desistiment que conté aquesta disposició depengui del fet que es produeixi algun esdeveniment posterior a la celebració del contracte (par. 24 STJUE). D'això es desprèn expressament que aquesta excepció és inherent a l'objecte mateix del contracte, és a dir, la producció de béns elaborats d'acord amb les especificacions del consumidor. En aquest sentit, és possible oposar aquesta excepció enfront del consumidor sense que en cap cas estigui supeditada al fet que es produeixi tal esdeveniment i amb independència de si el contracte s'executa o s'està executant pel comerciant.

Seguint aquesta línia, el TJUE ja ha declarat que l'article 6.1⁴⁴ de la Directiva té per objecte garantir que, abans de la celebració del contracte, es doni determinada informació al consumidor. Així doncs, tant la informació relativa a les condicions contractuals i les conseqüències d'aquesta celebració, com la informació necessària per a l'execució correcta del contracte, permetran al consumidor decidir si vol restar vinculat contractualment amb un comerciant i, sobretot, són una garantia per a l'exercici dels seus drets, en particular del seu dret de desistiment (par. 26 STJUE).⁴⁵

Així doncs, aquesta interpretació restrictiva de l'article 16c de la Directiva contribueix a la consecució d'aquest objectiu, atès que permet evitar una situació en què l'existència o la inexistència del dret del consumidor a desistir del contracte dependria de l'avenç de l'execució del contracte per part del comerciant, avenç sobre el qual, per regla general, el consumidor no està informat i sobre el qual, amb més raó, no pot influir de cap manera (par. 29 STJUE).

Les consideracions anteriors porten el TJUE a determinar que l'article 16c de la Directiva 2011/83 s'ha d'interpretar en el sentit que cal oposar l'excepció al dret de desistiment prevista en aquesta disposició davant el consumidor que ha celebrat fora de l'establiment un contracte relatiu a la venda d'un bé que s'ha de confeccionar d'acord amb les seves especificacions, independentment de si el comerciant ha començat la producció del bé o no (par. 31 STJUE).

44. L'article 6 de la Directiva 2011/83 estableix els requisits d'informació dels contractes a distància i dels contractes celebrats fora de l'establiment habitual.

45. Continua en aquest sentit la jurisprudència consagrada en la Sentència de 10 de juliol de 2019, Amazon EU, assumpte C-649/17 (EU:C:2019:576) (par. 43 STJUE).

11. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA PRIMERA) DE 27 DE GENER DE 2021, SOBRE L'APRECIACIÓ DEL CARÀCTER ABUSIU DE LES CLÀUSULES CONTRACTUALS QUE ESTABLEIXEN AMB CARÀCTER PREVI L'AVANTATGE POTENCIAL DEL CREDITOR EN CAS DE RESOLUCIÓ DEL CONTRACTE⁴⁶

En el context dels litigis entre Dexia Nederland BV (en endavant, Dexia) contra XXX (assumpte C-299/19) i contra Z (assumpte C-289/19), ambdós relatius a la negativa dels consumidors a abonar les liquidacions finals com a conseqüència de la resolució dels contractes d'arrendament financer d'accions, el TJUE ha d'interpretar si la Directiva 93/13⁴⁷ considera que una clàusula ha de considerar-se abusiva si, apreciada de conformitat amb totes les circumstàncies que concorren en la celebració del contracte, comporta una determinada possibilitat de desequilibri important en funció de les circumstàncies que es donin durant la vigència del contracte i, en particular, perquè crea un possible avantatge a favor del venedor en el moment de la resolució anticipada del contracte.

De la mateixa manera, també es qüestiona si és possible invocar, per qui va estipular una clàusula anul·lada per abusiva i que tenia per objecte el pagament d'una compensació en cas d'incompliment del consumidor, la indemnització per danys i perjudicis que escau segons el dret supletori.

En aquest sentit, el TJUE declara que, per a determinar si una clàusula genera un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte, s'han de tenir en compte, en particular, les normes aplicables al dret nacional quan no hi hagi un acord de les parts en aquest sentit (par. 48 STJUE).

D'altra banda, el Tribunal afirma que l'examen de l'existència d'un possible desequilibri important no es pot limitar a una apreciació econòmica de naturalesa quantitativa que es basi en una comparació entre l'import total de l'operació objecte del contracte, d'una banda, i els costos que aquesta clàusula posa a càrrec del consumidor, de l'altra (par. 49 STJUE). Així mateix, el contracte ha d'exposar de manera clara el funcionament concret del mecanisme de la clàusula en qüestió, així com la seva relació amb la resta de clàusules, de manera que el consumidor pugui valorar les conseqüències econòmiques del contracte que se'n derivin⁴⁸ (par. 50 STJUE).

46. STJUE (Sala Primera) de 27 de gener de 2021, assumptes C-299/19 i C-289/199, Dexia Nederland BV contra XXX i Z.

47. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, DOCE, núm. 95 (21 d'abril de 1993), p. 29-34.

48. Continua la línia jurisprudencial marcada en la Sentència de 20 setembre de 2017, Andriuc i altres, assumpte C-186/16 (EU:C:2017:703) (par. 45 STJUE).

Alhora, cal comprovar si, des del moment de la celebració del contracte, les seves clàusules comportaven un desequilibri, encara que només pogués produir-se si es donaven determinades circumstàncies i fins i tot si en una altra situació aquestes poguessin beneficiar el consumidor (par. 55 STJUE).

Per aquests motius, el Tribunal afirma que les disposicions de la Directiva 93/13 s'han d'interpretar en el sentit que una clàusula que figuri en un contracte aleatori⁴⁹ celebrat entre un professional i un consumidor, s'ha de considerar abusiva si, tenint en compte les circumstàncies que van concórrer en la celebració del contracte i situant-se en el moment d'aquesta celebració, pot causar un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts durant l'execució del contracte, encara que aquest desequilibri només pugui produir-se si es donen determinades circumstàncies.

En aquest context, correspon al tribunal remitent comprovar si la clàusula que fixa per endavant l'avantatge que gaudirà el professional en cas de resolució anticipada del contracte, tenint en compte les circumstàncies que van concórrer en la celebració d'aquest contracte, podia causar tal desequilibri des del moment de la celebració del contracte (par. 60 STJUE).

Respecte a la possibilitat d'invocar la clàusula, el Tribunal afirma que, atès que els contractes d'arrendament financer d'accions poden subsistir sense la clàusula abusiva (par. 63 STJUE) i que el jutge nacional no està facultat per a substituir la clàusula abusiva per una disposició supletòria de dret nacional si la declaració de nul·litat d'aquesta clàusula no obliga a anul·lar el contracte en la seva totalitat (par. 62 STJUE), s'ha d'interpretar que no es pot invocar la clàusula quan el contracte pugui subsistir sense aquesta.

12. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA TERCERA) DE 18 DE MARÇ DE 2021, SOBRE LA RESPONSABILITAT DE L'ORGANITZADOR DE VIATGES RESPECTE A LA BONA EXECUCIÓ DE LES OBLIGACIONS DERIVADES D'UN CONTRACTE PER PART D'ALTRES PRESTADORS DE SERVEIS⁵⁰

Aquesta sentència es desenvolupa en el context d'un litigi entre X., consumidora resident al Regne Unit, i Kuoni Travel Ltd. (en endavant, Kuoni), organitzador de viatges establert al Regne Unit, en què s'avalua la legitimitat de la pretensió d'indemnització presentada per X. arran de la mala execució del contracte de viatge combinat que va signar amb Kuoni.

49. Com passava amb els contractes d'arrendament financer d'accions sobre els quals es discutia en el litigi principal (par. 59 STJUE).

50. STJUE (Sala Tercera) de 18 de març de 2021, assumpte C-578/19, X. contra Kuoni Travel Ltd.

En aquest context, el TJUE ha de determinar si quan ha tingut lloc una no execució o una mala execució de les obligacions derivades del contracte celebrat entre un organitzador o detallista i un consumidor, relatiu a unes vacances combinades i al qual s'aplica la Directiva 90/314,⁵¹ i aquesta no execució o mala execució és el resultat dels actes d'un empleat d'una empresa hotelera que presta els serveis objecte del contracte, hi ha marge per a l'aplicació de la clàusula d'exempció prevista en l'article 5.2, tercer guió, segona part,⁵² de la Directiva 90/314. En segon lloc i en cas de resposta afirmativa, ha de determinar d'acord amb quins criteris ha d'apreciar l'òrgan jurisdiccional nacional si és aplicable aquesta clàusula d'exempció. I, finalment, si quan un organitzador o detallista ha celebrat un contracte amb un consumidor per a proporcionar-li unes vacances combinades en què una empresa hotelera ofereix uns serveis relacionats amb el contracte esmentat, l'empleat d'aquesta empresa hotelera ha de ser considerat prestador de serveis a l'efecte de la clàusula d'exempció prevista en l'article 5.2, tercer guió, de la Directiva.

En aquest sentit, el Tribunal ha de discernir si l'article 5.2, tercer guió, de la Directiva 90/314 s'ha d'interpretar de tal manera que, en cas de no execució o de mala execució d'aquestes obligacions que resulti d'actes d'un empleat d'un prestador de serveis que executa el contracte esmentat, 1) aquest empleat no pot considerar-se com a prestador de serveis a l'efecte de l'aplicació d'aquesta disposició i 2) l'organitzador no pot eximir-se de la seva responsabilitat.

En aquest sentit, el Tribunal indica que els subapartats 1 i 3 de l'article 5 de la Directiva 90/314 limiten la llibertat de les parts d'un contracte de viatge combinat per a determinar el contingut de les clàusules contractuals que se'ls apliquen i fan recaure en l'organitzador la responsabilitat enfront del consumidor pel que fa a la bona execució del contracte. Una de les particularitats d'aquesta responsabilitat és que s'estén a la bona execució de les obligacions derivades del contracte de viatge combinat per part dels prestadors de serveis. No obstant això, la Directiva 90/314 no defineix el concepte de *prestador de serveis* ni tampoc remet expressament al dret dels estats

51. Actualment, Directiva (UE) 2015/2302 del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2015, relativa als viatges combinats i als serveis de viatge vinculats, per la qual es modifiquen el Reglament (CE) 2006/2004 i la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell i per la qual es deroga la Directiva 90/314/CEE del Consell.

52. L'article 5.2, guió tercer, de la Directiva 90/3014/CEE estipula que, pel que fa als danys soferts pel consumidor a causa de la no execució o mala execució del contracte, els estats membres han d'adoptar les mesures necessàries perquè la responsabilitat recaigui en l'organitzador i/o el detallista, llevat que aquesta no execució o mala execució no sigui imputable ni a aquests ni a un altre prestador de serveis perquè es deu a un cas de força major, tal com es defineix en el punt ii) de l'apartat 6 de l'article 4, o a un esdeveniment que l'organitzador i/o el detallista, o el prestatari, tot i posar-hi tota la diligència necessària, no podien ni prevenir.

membres sobre això (par. 35 STJUE). Segons jurisprudència reiterada,⁵³ la determinació del significat i l'abast dels termes no definits pel dret de la Unió ha d'efectuar-se d'acord amb el seu sentit habitual en el llenguatge corrent, tenint en compte el context en què s'utilitzen i els objectius perseguits per la normativa de la qual formen part (par. 37 STJUE). Així, el sentit habitual del concepte designa una persona física o jurídica que presta serveis a canvi d'una remuneració (par. 38 STJUE).

El Tribunal, al mateix temps, accepta el fet que, tot i que un empleat d'un prestador de serveis no pugui, per si mateix, ser considerat com a prestador de serveis (par. 41 STJUE), el marc d'aplicació del règim de responsabilitat contractual no exclou que els actes o les omissions d'aquest empleat puguin assimilar-se, a l'efecte d'aquest règim, als del prestador de serveis per al qual treballa (par. 43 STJUE).

Així doncs i relacionant-ho amb l'article 5.1⁵⁴ de la directiva esmentada, la no execució o mala execució d'una obligació derivada d'un contracte de viatge combinat, per part d'un empleat d'un prestador de serveis, fa que incorri en responsabilitat l'organitzador del viatge esmentat quan aquesta no execució o mala execució hagi causat un dany. I, per tant, l'article 5.2, tercer guió, de la Directiva 90/314 no pot invocar-se per a eximir els organitzadors de la seva obligació de reparar els danys causats als consumidors com a conseqüència de la no execució o la mala execució d'obligacions derivades de contractes de viatge combinat celebrats amb aquests organitzadors quan tals incompliments siguin el resultat d'actes o omissions d'empleats de prestadors de serveis que executen aquestes obligacions (par. 62 STJUE).

13. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA QUARTA) DE 12 DE MAIG DE 2021, SOBRE LA RESPONSABILITAT DEL TRANSPORTISTA AERI EN CAS D'ACCIDENT⁵⁵

La qüestió prejudicial que dona peu a aquesta sentència s'origina en el context d'un litigi entre Y. L. i Altenrhein Luftfahrt GmbH, transportista aeri, iniciat com a conseqüència d'una demanda per danys presentada pel primer amb l'objectiu d'acon-

53. Vegeu, per exemple, la Sentència de 10 de març de 2005, cas EasyCar, assumpte C-336/03 (EU:C:2005: 150) (par. 21 STJUE).

54. L'article 5.1 de la Directiva 90/314/CEE estableix que els estats membres han d'adoptar les mesures necessàries perquè la responsabilitat respecte al consumidor per la bona execució de les obligacions derivades del contracte recaigui en l'organitzador i/o el detallista que siguin part del contracte esmentat, amb independència que aquestes obligacions les hagi d'executar ell mateix o bé altres prestadors de serveis, i això sens perjudici del dret de l'organitzador i/o del detallista d'actuar contra aquests altres prestadors de serveis.

55. STJUE (Sala Quarta) de 12 de maig de 2021, assumpte C-70/20, Y. L. contra Altenrhein Luftfahrt GmbH.

seguir la reparació de les lesions —hèrnia discal— ocasionades durant l'aterratge d'un vol operat pel transportista esmentat.

En aquest sentit, el TJUE ha de dirimir si, d'acord amb l'article 17.1 CM, un aterratge dur, tot i estar comprès en el funcionament normal de l'aeronau, constitueix un accident si un passatger sofreix una lesió.

D'acord amb el TJUE, del tenor de l'article 17.1 CM⁵⁶ es desprèn que, perquè generi la responsabilitat de la companyia aèria, l'esdeveniment que ha causat la mort o la lesió corporal del passatger ha de qualificar-se d'accident (par. 32 STJUE), i s'entén com a tal un esdeveniment involuntari, perjudicial i imprevist (par. 33 STJUE).

Així doncs, s'ha de dirimir si la imprevisibilitat necessària perquè un esdeveniment pugui ser considerat accident en el sentit de l'article 17.1 CM, s'ha de fer tenint en compte la perspectiva del passatger afectat o, més aviat, el rang de funcionament normal de l'aeronau a bord de la qual es va produir aquest esdeveniment.

El Tribunal afirma, en aquest sentit, que una interpretació basada en la perspectiva de cada passatger, atès que les perspectives i les expectatives poden variar d'un passatger a un altre, podria conduir a un resultat paradoxal, ja que un mateix esdeveniment podria arribar a ser qualificat d'imprevist i, per tant, d'accident per determinats passatgers, però no pas per altres (par. 35 STJUE), cosa que ampliaria, en certa manera, aquest concepte de manera no raonable en perjudici de les companyies aèries (par. 36 STJUE). I, doncs, aquesta interpretació seria contrària a la preservació de l'equilibri d'interessos equitatiu considerat en el paràgraf cinquè del preàmbul del Conveni de Montreal.

Així, el Tribunal considera més adient recórrer a criteris d'objectivitat manifesta a l'hora d'atribuir certa imprevisibilitat a un esdeveniment. I atès que, d'acord amb el punt 1b de l'annex IV del Reglament 216/2008, tot vol s'ha d'efectuar seguint els procediments operatius especificats en el manual de vol, acaba per afirmar que un aterratge que no sobrepassi els límits establerts pels procediments aplicables a l'aeronau de què es tracta, incloent-hi les toleràncies i els marges previstos en relació amb els factors de rendiment que afecten de manera significativa l'aterratge, i que es desenvolupi d'acord amb aquests procediments i tenint en compte les regles de l'art i les millors pràctiques en l'àmbit de l'operació d'aeronaus, no es pot considerar imprevist (par. 40 STJUE).

Així doncs, l'article 17.1 CM s'ha d'interpretar en el sentit que, tot i que la duresa de l'aterratge ocasioni lesions als passatgers, aquest no es pot considerar accident si no hi ha mala praxi per part del pilot i es desenvolupa dintre dels marges i límits operatius de l'aeronau (par. 43 STJUE).

56. L'article 17.1 CM indica que el transportista és responsable del dany causat en cas de mort o lesió corporal d'un passatger si l'accident que va causar la mort o la lesió es va produir a bord de l'aeronau o durant qualsevol de les operacions d'embarcament o desembarcament.

14. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SISENA) DE 10 DE JUNY DE 2021, SOBRE L'OBLIGACIÓ DEL PRESTAMISTA DE COMPROVAR LA SOLVÈNCIA DEL CONSUMIDOR⁵⁷

En el context d'un litigi relatiu al pagament d'un crèdit derivat d'un contracte de crèdit al consum en el qual l'entitat prestatària no va verificar, abans de la celebració del contracte, ni la situació patrimonial del consumidor ni l'import dels deutes concrets per aquest, el TJUE ha de dirimir si la imposició d'una multa⁵⁸ és una mesura adequada i suficient per a compensar l'obligació d'avaluar la solvència del consumidor prevista en l'article 8.1⁵⁹ de la Directiva 2008/48.⁶⁰ Així doncs, el TJUE ha d'interpretar, essencialment, si l'article 23 de la directiva esmentada implica que l'examen del caràcter efectiu, proporcional i dissuasiu de les sancions considerades en el dret nacional en compliment del mandat inserit en l'article 8.1 de la mateixa Directiva, s'ha de fer tenint en compte, únicament, la disposició del dret nacional adoptada específicament (par. 27 STJUE) o bé el conjunt de normes jurídiques disponibles i aplicables.

El Tribunal resol la qüestió prenent com a base dues premisses. La primera és que de l'article 8.1 de la Directiva 2008/48 es desprèn l'obligació del prestador d'avaluar la solvència del consumidor. Aquesta obligació té com a objectiu responsabilitzar el prestador de la concessió de crèdit a consumidors insolvents (par. 28 STJUE) i, per tant, atès que té per objecte protegir els consumidors davant els riscos de sobreendeutament i insolvència, revesteix una importància fonamental (par. 29 STJUE).

La segona premissa és que la transposició d'una directiva no exigeix necessàriament una acció legislativa en cada estat membre. En particular, el TJUE afirma, d'acord amb la seva jurisprudència, que l'existència de principis o de normes generals pot fer supèrflua la transposició mitjançant mesures legals o reglamentàries addicionals específiques, sempre que aquestes normes o principis garanteixin efectivament l'aplicació plena d'aquesta directiva i que, en cas que la disposició controvertida d'aquesta directiva tingui per objecte crear drets per als particulars, la situació jurídica que es desprengui d'aquests principis sigui prou precisa i clara, i que els beneficiaris estiguin en condicions de conèixer la totalitat dels seus drets i, si escau, d'invocar-los

57. STJUE (Sala Sisena) de 10 de juny de 2021, assumpte C-303/20, *Ultimo Portfolio Investment* (Luxembourg), SA contra K. M.

58. En referència a l'article 138c, apartat 1[a], de la *Ustawa - Kodeks Wykroczeń* polonesa (Llei per la qual s'aprova el Codi de delictes lleus), de 20 de maig de 1971 (en endavant, Codi de delictes lleus).

59. L'article 8.1 de la Directiva 2008/48/CE estableix que els estats membres han de vetllar perquè, abans que se celebri el contracte de crèdit, el prestador avaluï la solvència del consumidor basant-se en una informació suficient facilitada, si escau, pel consumidor i, quan sigui procedent, en la consulta de la base de dades pertinent.

60. Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2008, p. 66-92.

davant els òrgans jurisdiccionals nacionals (par. 34 STJUE). El TJUE també recorda que, de fet, l'article 288.3 del Tractat Fundacional de la Unió Europea (TFUE) assenyalava que, si bé una directiva obliga l'estat membre pel que fa al resultat que s'ha d'aconseguir, deixa a les autoritats nacionals l'elecció de la forma i dels mitjans per a assolir-lo (par. 33 STJUE).

Així doncs, el TJUE indica, finalment, que l'article 23 de la Directiva 2008/48/CE s'ha d'interpretar en el sentit que l'examen del caràcter efectiu, proporcionat i dissuasiu de les sancions previstes en aquesta disposició, en particular en cas d'incompliment de l'obligació d'examinar la solvència del consumidor establerta en l'article 8 de la directiva esmentada, s'ha d'efectuar tenint en compte, de conformitat amb l'article 288.3 TFUE, no només la disposició adoptada específicament en el dret nacional per a transposar aquesta directiva, sinó també totes les disposicions d'aquest dret, interpretades, en la mesura que es pugui, tenint en compte la lletra i els objectius de la mateixa Directiva, de manera que aquestes sancions compleixin les exigències establertes en el seu article 23 (par. 46 STJUE).

RECENSIONS

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS, *LA PLURALIDAD DE FIADORES FRENTE AL ACREEDOR: EL «BENEFICIO DE DIVISIÓN» EN LOS CÓDIGOS CIVILES FRANCÉS, ESPAÑOL Y DE QUEBEC: EN BUSCA DE UN MODELO PARA LA CODIFICACIÓN CATALANA*, BARCELONA, WOLTERS KLUWER I COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA, 2021, 240 P.

El llibre que ens plau recensionar constitueix un estudi del tractament diferent que en el dret comparat reben els supòsits de diversos fiadors d'un mateix deutor i deute. Així, des de la perspectiva dels efectes de la pluralitat de fiadors enfront de la part creditora i de l'anomenat *benefici de divisió*, el llibre pretén contrastar el model adoptat pel *Code civil* francès —seguit posteriorment pel *Code civil* del Quebec— i el que acull el Codi civil espanyol.

A més a més i com a qüestió subjacent a l'estudi d'aquesta matèria, es posa l'accent en un aspecte controvertit en relació amb aquesta tema: determinar quan s'entén que existeixen «diversos fiadors d'un mateix deutor i per un mateix deute»; és a dir, o bé en cas de cotitularitat en l'obligació subsidiària de fiança, o bé en cas de fiadors independents entre si.

L'articulació d'una interpretació coherent dels models que analitza l'autora i la seva confrontació tenen interès a fi de determinar quin és el criteri que ha de seguir la futura regulació de la pluralitat de fiadors en el llibre sisè del Codi civil de Catalunya.

L'estudi es presenta dividit en tres capítols: el primer situa i introdueix el tema de la pluralitat de fiadors enfront del creditor en els codis civils francès, quebequès i espanyol; el segon es dedica a l'experiència comparada i analitza la regulació continguda en els models francès i del Quebec; i, finalment, el tercer analitza la regulació del benefici de divisió en el dret civil espanyol.

Així, en el primer capítol (que constitueix la introducció de l'obra) l'autora avança que el treball se centra en l'estudi dels efectes de la pluralitat de fiadors enfront del creditor, i no en els efectes que es produeixen entre els diversos fiadors entre si. Aquest capítol també acull una breu i necessària aproximació als criteris que segueixen els legisladors francès i quebequès en el règim de la pluralitat de fiadors en comparació amb el que recull el Codi civil espanyol (CC). El Codi civil francès estableix que en els supòsits de diversos fiadors d'un mateix deutor i per a un mateix deute, cada fiador queda obligat a pagar tot el deute, si bé enfront de la reclamació del creditor, els diversos fiadors poden al·legar el benefici de divisió, tret que hi haguessin renunciat prèviament. El Codi civil del Quebec segueix aquest model. En un altre sentit, el Codi civil espanyol té com a punt de partida la divisió de l'obligació entre els

diversos fiadors (si no s'ha pactat la solidaritat) i caracteritza la divisió com a benefici (art. 1837 CC).

El segon capítol aborda els models francès i quebequès. En primer lloc, l'autora estudia la qüestió del benefici de divisió en el *Code civil* francès. Així doncs, l'ordenament francès conté un règim especial per a les obligacions subsidiàries de fiança: la regla interpretativa (arg. ex art. 2302 *Code civil*) és favorable a la integritat (obligació de pagar tot el deute) de la responsabilitat dels diversos fiadors i, per tant, cada un dels fiadors s'obliga a pagar tot el deute. Tanmateix, es reconeix la possibilitat de fer valer el benefici de divisió, que es presenta com un dret que tenen els fiadors (dels mateixos deutor i deute) a reclamar al creditor la divisió de l'acció i la seva reducció a la part proporcional de la fiança. En conseqüència, s'afirma que l'ordenament francès permet un règim especial per a les obligacions subsidiàries de fiança: ja sigui perquè s'entén que es concedeix el benefici de divisió als diversos fiadors que són deutors independents entre si (i que, en principi, estan obligats a pagar la quantia total del deute), ja sigui perquè es consideren obligats a pagar tot el deute els diversos cofiadors que són cotitulars d'una mateixa obligació subsidiària de fiança, malgrat que també se'ls reconeix el benefici de divisió. En aquest sentit, l'autora assenyala que la regla interpretativa de la integritat i el benefici de divisió és especialment adequada en cas de pluralitat de fiadors independents. Aquest benefici de divisió cal que sigui al·legat per cada fiador i opera entre els fiadors solvents. Tanmateix, l'autora adverteix que a la pràctica se sol renunciar expressament al dit benefici, tal com succeeix, també, amb el benefici d'excussió.

A continuació i pel que fa al model del Quebec, l'autora reflexiona sobre la revisió del règim que establia el *Code civil du Bas-Canada* (1866), que seguia el model francès. En el *Code civil du Québec* (CCQ) (1991) s'opta finalment pel manteniment dels beneficis de divisió i excussió, el primer dels quals s'acaba configurant com un benefici. El supòsit de fet en què opera el benefici de divisió (art. 2349 CCQ, 1r paràgraf [par.]) permet entendre-hi inclòs el cas de fiadors que s'han obligat per separat. I si bé la renúncia al benefici de divisió ha de ser expressa, si el fiador aposta per la modalitat de la fiança solidària (solidaritat impròpia, entre el fiador i el deutor principal), cal entendre renunciats tant el benefici de divisió com el d'excussió (art. 2352 CCQ). Pel que fa al règim general de les obligacions, l'autora indica que el CCQ manté la regla de no presumpció de la solidaritat entre els codeutors: per tant, la solidaritat només existirà si la pacten les parts o si s'estableix *ex lege*. En conseqüència, es fa palès el tractament específic de l'obligació subsidiària de fiança, tant si s'entén aplicable el que estableix l'article 2349 CCQ en els supòsits de diversos fiadors cotitulars d'una mateixa obligació subsidiària de fiança (i els quals, tots i cadascun d'ells, responen per tot el deute, sens perjudici que gaudeixin del benefici de divisió), com si es considera que els diversos fiadors independents entre si gaudeixen del benefici de divisió.

La tercera part del llibre que es comenta fa un retrat del benefici de divisió en el dret civil espanyol. L'autora examina la qüestió i en destaca dues perspectives di-

ferenciades prèvies al Codi civil espanyol: la primera té com a base les *Siete partidas* i la *Novísima recopilación*, i considera innecessari el benefici de divisió; la segona, pròpia de l'etapa codificadora i latent en el Projecte de codi civil del 1851, segueix el model francès i, per tant, preveu la integritat de la responsabilitat dels diversos fiadors i regula el benefici de divisió. Tanmateix, l'article 1837 CC (que troba inspiració en l'*Avantprojet de révision du Code civil* belga, del 1882), acaba per proclamar que si hi ha diversos fiadors d'un mateix deutor per a un mateix deute, l'obligació de respondre d'aquest es divideix entre tots; si no s'ha pactat una altra cosa, el creditor únicament podrà reclamar a cada fiador la part del deute que li correspon satisfer. A continuació, però, l'article 1837 CC fa referència a la divisió com a benefici, en la línia d'allò previst pel Projecte de codi civil del 1851. Així doncs, l'article 1837 CC acull dues regles que l'autora qualifica de contradictòries: la divisió *ex lege* (art. 1837 CC, 1r par.) i la consideració de la divisió com a benefici (art. 1837 CC, 2n par.). També posa de manifest el desacord existent en el si de la doctrina en relació amb quin és l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'article 1837 CC, si bé la majoria n'exclou els supòsits de pluralitat de fiadors independents, tot entenent, per tant, que l'article únicament s'aplica als supòsits de pluralitat de fiadors que són cotitulars d'una mateixa obligació subsidiària de fiança. Amb tot, l'autora apunta que són els primers casos (de fiadors independents) els que justifiquen la regulació del benefici de divisió: enfront de la solidaritat (impròpia) entre els diversos fiadors individuals d'un mateix deutor per a un mateix deute, el fiador reclamat pot oposar el benefici de divisió. En el supòsit de pluralitat de fiadors cotitulars d'una mateixa obligació subsidiària de fiança, si no s'ha pactat una altra cosa entra en joc la mancomunitat passiva (art. 1138 CC), que fa superflu el benefici de divisió.

En aquest mateix capítol, l'autora aborda la qüestió objecte d'estudi tenint en compte la Proposta de Codi civil de l'Associació de Professors de Dret civil (2018). Així, l'article 5174-1.1 de la Proposta estableix que davant d'un supòsit de pluralitat de fiadors (ja siguin cotitulars d'una mateixa obligació subsidiària de fiança, ja siguin fiadors independents), aquests han de respondre solidàriament enfront del creditor. La regla general (per a la cotitularitat passiva o per a les obligacions amb pluralitat de subjectes de la qual parteix la Proposta) és la solidaritat si la prestació és de tal naturalesa que qualsevol dels deutors pot complir-la íntegrament (excepte si els codeutors actuen com a consumidors, ja que en aquest supòsit l'obligació és mancomunada; arg. *ex art.* 513-2b de la Proposta). Ara bé, pel que fa a la pluralitat de fiadors, la solidaritat s'aplica també en els casos de pluralitat de fiadors independents. Des d'aquesta perspectiva, la Proposta considera la possibilitat que fiadors i creditor puguin pactar el benefici de divisió.

Per acabar i en relació amb el dret civil català, l'autora apunta que els *Treballs preparatoris del llibre sisè del Codi civil de Catalunya* apostaven per la responsabilitat solidària de la pluralitat de fiadors d'uns mateixos deutor i deute si no s'havia pactat una altra cosa. També establien la solidaritat en la responsabilitat entre el fiador i el

deutor principal, tret que s'hagués pactat el benefici d'excessió. El que es pretenia era invertir la pràctica recurrent i actual, en què ambdós beneficis apareixen renunciats, i eliminar, així, el caràcter legal d'aquests dos drets («beneficis»), encara que es poguessin pactar expressament. A més a més, els treballs preparatoris tampoc no determinaven quin era el supòsit de pluralitat de fiadors que es considerava (cotitulars de l'obligació subsidiària de fiança o bé fiadors independents).

Finalment, l'autora clou l'obra amb la proposta de circumscriure de manera clara la regla interpretativa a favor de la integritat de la responsabilitat dels diversos fiadors, només als casos de pluralitat de fiadors independents entre si, tot mantenint per a aquests, en exclusiva, el benefici de divisió entre els fiadors solvents (benefici que també pot ésser renunciat). Aquesta opció imposaria que els supòsits de diversos fiadors cotitulars d'una mateixa obligació subsidiària de fiança s'abordessin segons les normes generals de les obligacions amb pluralitat de subjectes. Aquí la responsabilitat seria mancomunada o solidària en funció de quin fos el criteri general pel qual s'optés finalment. En l'àmbit del dret contractual europeu, el Projecte de Marc Comú de Referència (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) regula el supòsit de deute conjunt amb funció de garantia en el si de les regles generals de pluralitat de deutors (art. IV.G-1:104), mentre que per al supòsit de diversitat de garants independents s'estableix la responsabilitat solidària enfront del creditor (art. IV.G-1:105).

És impossible resumir en tres pàgines el contingut de l'obra de la professora Ginebra. El que hem pretès al llarg d'aquestes línies és oferir-ne al lector un petit tast que li permeti reflexionar sobre la matèria examinada i que l'ajudi a analitzar les idees que l'autora proposa per a la futura regulació que ha de tenir la pluralitat de fiadors en el llibre sisè del Codi civil de Catalunya.

Rosa Barceló Compte
Investigadora postdoctoral
Universitat de Barcelona

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, *LA REVOCABILIDAD DE LA DONACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA*, VALÈNCIA, TIRANT LO BLANCH, 2021, 182 P. (MONOGRAFÍAS)

Estem davant la darrera publicació doctrinal¹ del Dr. Espiau Espiau, catedràtic de dret civil de la Universitat de Barcelona, que constitueix una obra més de l'estudi del dret civil català que l'autor ha realitzat al llarg de la seva trajectòria investigadora (entre d'altres, aspectes de la prescripció de les pretensions derivades de la responsabilitat extracontractual, la disposició de l'habitatge familiar o l'equivalència de la possessió al títol que regula l'art. 522-8 del Codi civil de Catalunya [CCCat]). En aquesta monografia s'analitza la revocabilitat de la donació, una institució clàssica del dret civil que es configura com un acte de disposició unilateral en virtut del qual el donant disposa a títol gratuït d'un bé a favor del donatari, el qual l'adquireix si l'accepta en vida d'aquell (art. 531-7 CCCat). La facultat que la llei atribueix al donant de retractar-se de la seva voluntat i revocar unilateralment la donació és una qüestió que, tal com anuncia l'autor a l'inici de l'obra, s'insereix en la discussió doctrinal a la qual tradicionalment ha estat sotmesa la naturalesa jurídica de la donació. Per aquest motiu, la monografia que es recensionia té interès no només en l'àmbit estrictament acadèmic, sinó també per a la pràctica.

L'obra s'estructura en tres capítols. En el capítol I («La revocabilitat de la donación») el professor Espiau Espiau exposa de manera succinta el significat de la revocabilitat de la donació i la seva extensió. A continuació, els capítols II («La revocabilitat de la donación no acceptada por el donatario o cuya aceptación no ha sido conocida por el donante») i III («La revocabilitat de la donación acceptada por el donatario cuya aceptación ha sido conocida por el donante») es dediquen, en particular, a l'estudi de la revocació de la donació en els dos moments en què aquesta és admissible d'acord amb el que s'estableix en els articles 531-8.1 i 531-15.1 CCCat: abans que el donant conegui l'acceptació del donatari —revocació lliure i discrecional— i un cop el donant coneix l'acceptació del donatari —revocació sotmesa a una causa que la justifiqui.

En coherència amb la sistemàtica de la monografia, en el capítol I, de caràcter general i introductori, el Dr. Espiau Espiau ens aproxima a l'estudi doctrinal de la donació incidint en tres qüestions que resulten fonamentals per a abordar, més endavant, la revocabilitat de la donació, en particular en els capítols II i III. En primer lloc, l'autor reivindica, malgrat la controvèrsia imperant en la matèria, la configuració

1. Es tracta d'una monografia elaborada en el marc de les activitats del Projecte d'Investigació DER2017-82129-P i del Grup d'Investigació consolidat 2017 SGR 151.

de la donació com un negoci dispositiu unilateral, i no com un contracte, tal com evidencien, per una banda, la seva ubicació sistemàtica en el llibre cinquè del CCCat (relatiu als drets reals), i no en el llibre sisè CCCat (relatiu a les obligacions i els contractes), i, per altra banda, la regulació de la revocabilitat de la donació (art. 531-8.1 i 531-15.1 CCCat). En efecte, si la llei faculta el donant per a revocar la donació inclús quan no ha estat acceptada pel donatari, cal entendre que la donació, com a negoci jurídic, existeix i es perfecciona amb independència de la declaració de voluntat del donatari, sens perjudici que la seva eficàcia real se supediti a l'acceptació en vida del donant.

En segon lloc, el professor Espiau Espiau se centra en la revocació, és a dir, en l'exercici efectiu de la revocabilitat, que caracteritza com la màxima manifestació de l'autonomia de la voluntat que la llei atorga al donant. L'autor destaca el seu caràcter de declaració de voluntat receptícia, i això significa que ha d'anar dirigida al donatari, ja que, en cas contrari, si aquest accepta la donació, la revocació no produirà cap efecte llevat que concorrin les causes establertes en l'article 531-15.1 CCCat, que possibiliten la revocació de la donació un cop acceptada pel donatari.

En tercer lloc, s'analitza l'extensió de la revocabilitat. En aquest sentit, caldrà distingir si se circumscriu a l'extinció del negoci dispositiu o bé s'estén a l'atribució patrimonial, en produir-se un cop el donatari ha acceptat la donació —i el donant ha conegut aquesta acceptació— i, en conseqüència, ha adquirit el bé. En el segon cas —quan la revocació de la donació afecta l'atribució patrimonial—, resulta indiscutible que la revocació de la donació produeix un perjudici al donatari, motiu que fonamenta el règim jurídic específic que la llei preveu en l'article 531-15 CCCat i que sotmet la facultat de revocació del donant a una causa que la justifiqui.

El capítol II se centra en l'estudi de la revocabilitat de la donació no acceptada pel donatari o l'acceptació de la qual no ha estat coneguda pel donant. Tot i que es tracta d'una possibilitat no considerada expressament en el dret civil català, de la dicció literal de l'article 531-8.1 CCCat («La donació és irrevocable des del moment en què els donants coneixen l'acceptació dels donataris [...]») es desprèn que, en efecte, el donant pot retractar-se de la seva voluntat de manera lliure i discrecional i pot impedir, exercitant la seva facultat de revocació per qualsevol causa i sense cap justificació, l'efecte transmissiu que la donació té vocació de produir, mentre aquesta no hagi estat acceptada pel donatari o, inclús, si ha estat acceptada, mentre el donant no tingui coneixement d'aquesta acceptació i, en conseqüència, de l'eficàcia real del negoci jurídic. L'efecte immediat és la preservació del dret o bé objecte de donació en el patrimoni del donant, i els únics requisits perquè sigui oposable són que el donant tingui plena capacitat d'obrar i que exterioritzi la seva voluntat notificant-la fefaentment al donatari.

Són diverses les qüestions que el Dr. Espiau Espiau aborda en aquest capítol, com ara la legitimació activa i passiva corresponent a l'exercici de la facultat de revocació o els efectes que aquesta desplega quan la donació no ha estat acceptada pel

donatari o quan aquesta acceptació no ha estat coneguda pel donant. No obstant això, una de les aportacions que em resulta més interessant és la seva rigorosa —i, a parer meu, encertada— reflexió sobre si la facultat de revocació es transmet als hereus del donant quan la donació ha estat acceptada pel donatari però el donant ha mort sense tenir coneixement d'aquesta acceptació. L'autor, contràriament al que va sostenir el Tribunal Suprem en la seva Sentència de 17 d'abril de 1998, considera que, en el supòsit esmentat, la donació s'extingeix perquè el CCCat exigeix l'acceptació de la donació pel donatari i el coneixement d'aquesta acceptació pel donant en vida seva com a pres-supòsit d'eficàcia real del negoci dispositiu (cfr. art. 531-8.1 [«La donació és irrevocable des del moment en què els donants [no pas els seus hereus] coneixen l'acceptació dels donataris [...]»] i 531-12.1 CCCat [«Les donacions de béns immobles solament són vàlides si els donants les fan i els donataris les accepten en una escriptura pública. L'acceptació feta en una escriptura posterior o per mitjà d'una diligència d'adhesió s'ha de notificar de manera autèntica als donants [no pas als seus hereus]»]).

El darrer capítol se centra en la revocabilitat de la donació quan ha estat acceptada pel donatari i el donant coneix efectivament l'acceptació. S'estudia, per tant, la donació que és perfecta i de la qual es despleguen, a conseqüència de la declaració de voluntat del donatari, efectes reals oposables al donant. Certament, aquesta donació es predica, en principi, que és irrevocable —o, en rigor i tal com apunta el professor Espiau Espiau, revocable limitadament—, llevat que concorri alguna de les causes justificatives de l'article 531-15.1 CCCat que fonamenti la decisió del donant d'extingir la donació tot i haver-se consumat l'atribució patrimonial i l'adquisició del dret o bé objecte de donació. El capítol III és, amb diferència, el capítol més extens de l'obra, probablement per la complexitat que caracteritza el règim jurídic aplicable en aquests supòsits. Aquí l'autor aborda, en primer lloc, les causes de revocació de la donació en el CCCat; en segon lloc, la facultat de revocació de la donació, i, per acabar, els efectes que desplega aquesta revocació.

Així, primerament el Dr. Espiau Espiau presenta un estudi detallat de les causes que faculden el donant per a retractar-se de la seva voluntat originària i, correlativament, revocar la donació. En concret, aquestes causes es refereixen a la sobrevinença i supervivència de fills del donant —amb independència de la seva filiació— (art. 531-15.1*a* i *b* CCCat), a l'incompliment imputable al donatari de les càrregues imposades pel donant (art. 531-15.1*c* CCCat), a la ingratitud del donatari derivada de la comissió d'actes condemnables penalment o no acceptables socialment amb relació a determinades persones vinculades estretament amb el donant (art. 531-15.1*d* CCCat) i, per acabar, a la pobresa del donant. Juntament amb l'exposició teòrica de la regulació vigent d'aquestes causes en el CCCat, l'autor presenta la seva evolució en el dret civil català i resol algunes de les problemàtiques que en la casuística poden esdevenir-se en la seva interpretació i aplicació.

Considero que mereixen una atenció especial les aportacions del professor Espiau Espiau sobre la pobresa del donant com a causa general de revocació de la dona-

ció que incorpora l'article 531-15.1e CCCat, no només perquè es tracta d'una regulació innovadora en el dret civil català i inexistent en el Codi civil espanyol, sinó també per la presumible aplicabilitat pràctica d'aquesta causa en èpoques marcades per la inestabilitat econòmica com ho és l'actual. Així, d'acord amb el que estableix l'article 531-15.1e CCCat, és causa de revocació de la donació «la pobresa dels donants, sens perjudici del dret d'aliments que correspongui legalment [...]» segons l'article 237-2 CCCat. Ara bé, l'expressió literal del precepte «sens perjudici de» pot suscitar dubtes interpretatius. En aquest sentit, resulten especialment clarificador les aportacions de l'autor. Espiau afirma que l'article 531-15.1e CCCat permet interpretar, per una banda, que són dos els mecanismes que la llei proporciona al donant en situació de pobresa: la revocació de la donació i el dret d'aliments; i la llei atorga primacia al primer davant el segon. I, per altra banda, que la revocació de la donació no exclou l'exercici del dret d'aliments quan els béns que es reincorporen al patrimoni del donant impedeixen o no són suficients «per a la seva còngrua sustentació» (art. 531-15.1e CCCat).

En la segona part del capítol i pel que fa a la facultat de revocació de la donació que la llei atorga al donant, el Dr. Espiau Espiau se centra en la declaració de voluntat de revocar i en l'instrument que l'ordenament jurídic articula per a exterioritzar-la, és a dir, l'acció revocatòria (art. 531-15.3 i 4 CCCat). La declaració de voluntat de revocar és expressa i receptícia i exigeix el coneixement del donatari com a pressupòsit d'eficàcia extintiva. En altres paraules, és un requisit indispensable la notificació fefaent de la declaració de voluntat de revocar al donatari perquè aquesta produeixi l'extinció del títol adquisitiu que origina la donació i de l'atribució patrimonial que aquesta darrera possibilita. En relació amb l'acció revocatòria, l'autor insisteix en la possibilitat d'exercitar-la tant judicialment com extrajudicialment (cfr. art. 531-15.4 i 5 CCCat), si bé lamenta la inactivitat del legislador a l'hora de configurar un règim jurídic que reguli l'exercici extrajudicial de l'acció.

Seguidament, el professor Espiau Espiau aborda la legitimació activa —per regla general, el donant— (entre d'altres, art. 531-15.1 CCCat) i passiva —per regla general, el donatari— de l'exercici de l'acció revocatòria, així com el seu termini d'exercici d'un any de caducitat susceptible de suspensió (art. 531-15.3 CCCat en relació amb l'art. 122-3.1 CCCat). Sobre aquesta última qüestió, em resulta especialment remarcable la meditada crítica que l'autor fa sobre la innecessària regulació específica, en funció de les causes que motiven la revocació de la donació, que l'article 531-15.3 CCCat preveu respecte al *dies a quo* del còmput del termini d'exercici de l'acció revocatòria. En efecte, tenint en compte la regla general establerta en l'article 122-5.1 CCCat, hauria estat suficient fixar la fermesa de la sentència com el *dies a quo* del termini d'exercici de l'acció revocatòria que es fonamenta en la ingratitud del donatari com a conseqüència de la comissió d'un il·lícit penal.

Per acabar, en la darrera part del capítol III s'estudien els efectes de la revocació de la donació en general i, en especial, en el CCCat. Per una banda, es distingeixen

els efectes de la revocació entre el donant i el donatari i, per l'altra, els efectes de la revocació davant de tercers. En termes generals, la revocació de la donació provoca, amb independència de la causa que la fonamenti i en atenció als principis d'eficàcia real i de retroactivitat que la presideixen en el dret civil català, l'extinció del negoci dispositiu i la destrucció del títol adquisitiu i de l'atribució patrimonial, amb la consegüent recuperació per al donant de la titularitat del dret objecte de donació. Pel que fa als efectes entre el donant i el donatari, convé advertir que no es troben regulats expressament en el CCCat. En aquest sentit, a parer meu fora adient que el legislador incorporés regles legals específiques sobre aquest extrem, si bé, tal com indica el Dr. Espiau Espiau, poden deduir-se dels principis que regeixen els efectes que la revocació produeix entre el donant i els tercers i que es concreten en el que, precisament, analitza l'autor en aquesta part de la monografia: en primer lloc, la recuperació del domini pel donant i la restitució a favor seu de la possessió del bé donat, i, en segon lloc, la liquidació de la situació possessòria entre el donant i el donatari d'acord amb les regles generals d'aplicació previstes en els articles 522-2 i següents del CCCat.

Pel que fa als efectes davant de tercers, es troben regulats expressament en l'article 531-15 CCCat, el qual, inspirat en el principi de protecció dels tercers adquirents de bona fe que regeix l'ordenament jurídic català (arg. ex art. 522-8 CCCat), estableix un règim jurídic diferenciat —no justificable, d'acord amb el professor Espiau Espiau— en atenció a la causa que origina la revocació de la donació i al moment en què s'ha produït l'adquisició del tercer —abans o després de la notificació fefaent de la voluntat de revocar del donant—. Així, l'autor aborda, per una banda, els efectes de la revocació davant de tercers en els supòsits de sobrevenença i supervivència de fills del donant, d'ingratitude del donatari i de pobresa del donant (art. 531-15.5 CCCat), i, per altra banda, en el supòsit d'incompliment de les càrregues imposades pel donant al donatari (art. 531-15.5 *in fine* CCCat).

En conclusió, la monografia *La revocabilidad de la donación en el Código civil de Cataluña* és una obra doctrinal de referència per a tots els professionals de l'àmbit jurídic interessats, ja sigui en l'àmbit acadèmic, ja sigui en el pràctic, a aprofundir en la donació, una de les institucions clàssiques del dret civil. El Dr. Espiau Espiau fa una exhaustiva i rigorosa anàlisi de la regulació vigent de la revocabilitat de la donació en el dret civil català, adverteix el legislador sobre les deficiències detectades en la legislació actual i posa l'accent en les problemàtiques que en l'àmbit teòric i casuístic poden derivar-se'n.

Ana Hernández Codina
Universitat de Barcelona

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE, *EL DERECHO DE PREDETRACCIÓN: BIENES EXCLUIDOS DE LA HERENCIA A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO O DE LA PAREJA SUPERVIVIENTE*, BARCELONA, ATELIER, 2019, 186 P.

El llibre analitza el règim jurídic de l'anomenat *dret de predetracció*. Ho fa a l'empara, essencialment, del que preveu l'article 1321 de la Constitució espanyola, però incloent-hi referències a les normes autonòmiques, que també atribueixen a la parella que sobreviu al causant, un dret sobre el parament de l'habitatge habitual comú; en aquest sentit, s'insereixen referències contínues a l'article 231-30 del Codi civil de Catalunya.

Els sis primers capítols del volum obeeixen a una estructura, diguem-ne, clàssica. L'autor delimita conceptualment el terme *predetracció*, fa una recerca dels antecedents normatius de la institució, n'analitza el fonament i la naturalesa jurídica, i en descriu, amb detalls, els requisits objectius i subjectius. En general, la proposta interpretativa que deriva de tot plegat coincideix amb la configuració tradicional del dret: es tracta d'una atribució legal, que no demana que el supervivent es trobi en cap situació material concreta (no cal, en concret, un estat de necessitat) i en virtut de la qual l'afavorit fa seus determinats béns arran de la mort de la parella. Aquesta adquisició automàtica es produeix *recta via*, és a dir, només per raó de la mort del titular (exclusiu o no) d'aquell parament i sense que els béns que l'integren arribin a formar part del patrimoni hereditari. Els béns sobre els quals recau el dret de predetracció tenen un destí legal predeterminat (el patrimoni del supervivent) que esquivia tota expectativa successòria per part dels hereus del causant. Dins d'aquest enfocament tradicional de la matèria, l'autor fa notar que, atès que eren béns *del* causant, els seus creditors sí que en poden promoure l'execució (tret que es tracti de béns legalment inembargables). Aquest aspecte particular és suggeridor de qüestions tractades no tan decididament en l'obra; en particular, la que deriva del fet que en els deutes del causant sí que hi haurà successió, de manera que el supervivent, si escau, pot acabar esdevenint titular de béns que responen d'un deute aliè.

Al llarg dels capítols següents, l'autor encara qüestions lligades íntimament a la disciplina del dret de predetracció però que es troben un pèl allunyades de la regulació civil pròpiament dita; són precisament aquests comentaris els que donen a l'obra un valor afegit, innovador. Per una banda, s'analitzen diferents aspectes processals de la institució; en concret, es fa una proposta de com s'ha d'encarrilar l'acció del supervivent adreçada a obtenir la possessió de béns (segurament, ja en mans dels hereus) que, arran de la mort de la parella, han esdevingut seus. Es fa una anàlisi de les

normes internes de conflicte, tant interregionals com internacionals, parant atenció especialment al cas de mort d'un dels convingents en parella estable en aquells supòsits en què la situació de convivència mostra connexions amb diferents ordenaments. L'autor fa també una aproximació al règim fiscal del parament de l'habitatge habitual abans de cloure el treball amb l'aportació d'un seguit d'arguments de cara a incloure dins d'aquest parament (i, per tant, de cara a projectar-hi el dret de predetracció) béns immaterials i, en concret, els arxius i el rastre digitals de la parella.

Lídia Arnau Raventós
Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona

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.

