

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

Volum 25, 2022

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



Institut
d'Estudis
Catalans

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

COMITÈ EDITORIAL

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

COMITÈ CIENTÍFIC

Lidia Arnau Raventós (UB) (directora)
Antoni Vaquer Aloy (UdL)
Pedro del Pozo Carrascosa (URV)
Susana Navas Navarro (UAB)
María del Carmen Gete-Alonso (UAB)
Ferran Badosa Coll (UB)
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 25, 2022

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2022

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: gener de 2023

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

L'avaluació neutral: un mitjà adequat de solució de controvèrsies (MASC)
del *common law*,
per Isabel Viola Demestre 11

La successió contractual a les Illes Balears (en especial, Mallorca i Menorca),
per Francesca Llodrà Grimalt 41

En el dret català, caldria regular (i, si escau, com?) l'arrendament
de béns amb elements digitals?,
per Lúdia Arnau Raventós 89

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya,
per Rosa Barceló Compte 115

Recull de sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea,
per Antoni Mut Piña 129

QÜESTIONS PRÀCTIQUES

La divisió de la cosa comuna: estudi de deu qüestions controvertides
resoltes pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya,
per Joan-Maria Raduà Hostench 147

Aspectos procesales de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes en el Código civil de Cataluña cuando existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa,
per Albert Ejarque Pavia 159

La prescripció de les pretensions derivades de la llei,
per Adolfo Lucas Esteve 165

MISCEL·LÀNIA

Crònica de les jornades «La incorporació al dret espanyol de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771 en matèria de contractes de subministrament d'elements digitals i de compravenda»,
per Ana Hernández Codina 173

Crònica de les jornades «Conformitat de béns i serveis: més enllà de la transposició de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771»,
per Yaiza Moreno Castro 177

ESTUDIS

L'AVALUACIÓ NEUTRAL: UN MITJÀ ADEQUAT DE SOLUCIÓ DE CONTROVÈRSIES (MASC) DE *COMMON LAW*

Isabel Viola Demestre¹

Universitat de Barcelona

Professora titular de dret civil

Resum

Aquest treball té per objecte l'estudi de l'avaluació neutral, un procés extrajudicial de gestió dels conflictes, habitual en els sistemes legals de *common law* i menys conegut en els de *civil law*. N'analitzem el concepte, els trets característics, la diferenciació amb altres processos, les exigències de formació i el procediment de desenvolupament de l'activitat avaluadora.

Paraules clau: avaluador neutral, conflicte, ADR, MASC.

LA EVALUACIÓN NEUTRAL: UN MEDIO ADECUADO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) DE *COMMON LAW*

Resumen

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la evaluación neutral, un proceso extrajudicial de gestión de los conflictos, habitual en los sistemas legales de *common law* y menos conocido en los de *civil law*. Analizamos el concepto, sus rasgos característicos, su diferenciación con otros procesos, las exigencias de formación y el procedimiento de desarrollo de la actividad evaluadora.

Palabras clave: evaluador neutral, conflicto, ADR, MASC.

1. Aquest treball forma part de les feines de recerca que l'autora duu a terme en el marc dels projectes de recerca PID2021-125149NB-I00, 2017 SGR 151 i GINDOC-UB/014.

NEUTRAL EVALUATION: AN APPROPRIATE WAY TO DISPUTE RESOLUTION (MASC) OF *COMMON LAW*

Abstract

This work aims to study the neutral evaluation, an extrajudicial process of conflict management, present in common law systems and less known in civil law, with the analysis of the concept, the characteristic features, its differentiation with other processes, the training requirements and the procedure for developing the evaluation activity.

Keywords: neutral evaluation, conflict, ADR, MASC.

1. INTRODUCCIÓ

Arran del col·lapse dels jutjats i tribunals i, per tant, de la seva ineficiència en la gestió adequada i apropiada dels conflictes que se'ls plantegen, s'alcen veus que posen de manifest la necessitat d'optar per mecanismes que descongestionin els òrgans jurisdiccionals i resolguin les controvèrsies. Sens dubte, estem davant d'una oportunitat per a reflexionar sobre el sistema judicial en si mateix, per a donar a conèixer tots els processos que hi ha a l'abast de les persones per a gestionar, resoldre, solucionar i transformar els conflictes que puguin tenir. No sembla que n'hi hagi prou amb apostar, de manera puntual arran d'aquest allau de demandes i de plets, per uns procediments per a quan la cosa no funciona bé, com un pedaç, un pegat davant el col·lapse judicial. Cada procediment de resolució de conflictes respon a una finalitat i produeix uns determinats efectes que si són coneguts per la societat i estan incorporats a l'estructura —al sistema— judicial, poden oferir al ciutadà un ventall o un catàleg de mecanismes perquè la seva controvèrsia pugui ésser solucionada, d'acord amb els seus interessos, de manera eficient.

El Projecte de llei de mesures d'eficiència processal² té per objectiu modificar el sistema públic de justícia perquè sigui això, un sistema just, perquè una justícia lenta no és justícia. I una de les novetats que preveu és acreditar que s'ha intentat una solució negociada a través d'algun dels mitjans adequats de solució de controvèrsies (coneguts amb l'acrònim MASC) com a requisit de procedibilitat.

Per a aquesta obra ens hem proposat analitzar un altre procediment menys conegut al nostre país: l'avaluació neutral.

2. Publicat al *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, sèrie A, núm. 97-1, 22 d'abril de 2022, <www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_49/pdfs/1.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

Les diferents formes institucionals tradicionals de gestió de conflictes, auto-compositives, com la negociació i la mediació, o heterocompositives, com l'arbitratge,³ s'han combinat i han generat una varietat de mecanismes, alguns d'ells híbrids;⁴ un popurri⁵ de processos qualificats, en conjunt i en anglès, com a *alternative dispute resolution* (ADR, 'resolució alternativa de conflictes') i esmentats en la proposta legislativa estatal de MASC al·ludida.

L'avaluació neutral, també anomenada *avaluació neutral primerenca*,⁶ prèvia,⁷ d'experts,⁸ o *neutral case evaluation*,⁹ és un recurs a mig camí entre la mediació i l'adjudicació obligatòria,¹⁰ que té més recorregut als països de cultura anglosaxona.

Segons Brazil *et altri*,¹¹ l'avaluació neutral primerenca va sorgir d'un comitè independent que, a petició del jutge Robert E. Peckham, *chief judge* al districte nord

3. En paraules de Sander i Goldberg, són la negociació, la mediació i l'adjudicació. La forma més comuna de resolució de disputes és la negociació. En comparació amb els processos que utilitzen tercers, la negociació té l'avantatge de permetre que les mateixes parts controlin el procés i la solució. Si les parts no poden resoldre la disputa per si mateixes i decideixen portar-hi un tercer, cedeixen cert control sobre el procés, però no necessàriament sobre la solució. Hi ha dos tipus de processos de tercers: en un, el neutral té el poder d'adjudicar o imposar una solució; en l'altre, el neutral només pot mediar o ajudar les parts a aconseguir la seva pròpia solució. L'adjudicació pot ser assignada per un tribunal o per un jutge privat, també conegut com a àrbitre o jutge privat. F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss: user-friendly guide to selecting an ADR procedure», *Negotiation Journal*, vol. 10, núm. 1 (gener 1994), p. 51.

4. Un d'aquests processos híbrids és, per exemple, el *minitrial*, que consisteix en una presentació abreujada, semblant a una adjudicació, d'evidència i arguments a un tercer neutral unit per directors d'alt nivell de cada costat, que després és negociada entre els directors. Quan la presentació es fa davant d'un jurat simulat, s'anomena *judici de jurat sumari*. Ho expliquen F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 51.

5. O. G. CHASE, *Derecho, cultura y ritual: Sistema de resolución de controversias en un contexto intercultural*, traducció de Fernando Martín Diz, Madrid i Barcelona, Marcial Pons i Buenos Aires, 2011, p. 95.

6. F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 51: «[...] since it typically takes place early in the case».

7. O. G. CHASE, *Derecho, cultura y ritual*, p. 150.

8. A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 11 (2019), p. 214.

9. Vegeu M. M. BUSTAMANTE RÚA, S. A. MUÑOZ, J. A. GIRÁLDEZ ARISTIZÁBAL i J. I. MARÍN TAPIERO, «Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) e inteligencia artificial (IA) para la solución de controversias en línea (SCL): una apuesta por la descongestión en la Administración de justicia», *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações / The Law, State and Telecommunications Review* (Brasília), vol. 12, núm. 1 (maig 2020), p. 89.

10. Així la defineix la *Dispute resolution reference guide* del Ministeri de Justícia del Canadà, publicada al web <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022).

11. W. D. BRAZIL, M. A. KAHN, J. P. NEWMAN i J. Z. GOLD, «Early neutral evaluation: an experimental effort to expedite dispute resolution», *Judicature*, vol. 69, núm. 5 (febrer-març 1986), p. 279.

de Califòrnia, havia de buscar un altre tipus de procediment que ajudés a reduir els costos del litigi.

El comitè va identificar diversos fets en la vida dels litigis que dificulten que els advocats i els clients resolguin les disputes de manera eficient. La demanda i la contestació a la demanda sovint no es corresponen amb les pretensions reals de les parts i amb allò que els dona suport. A més, els al·legats sovint exageren la mida de la disputa. Per a preservar les opcions i potser amb finalitats tàctiques, les parts tendeixen a afirmar moltes pretensions i defenses, una pràctica que dificulta localitzar el veritable centre de la disputa. Aquestes pràctiques de defensa tenen, segons els autors, almenys dos efectes negatius en el cost del litigi: les parts han d'usar el *discovery*¹² per a conèixer la posició bàsica del seu oponent i avaluar-ne els fonaments; i l'abast de les parts de descoberta que han de fer és molt ampli perquè l'àmbit del litigi, tal com es presenta a través dels al·legats, és molt gran. I el procés de *discovery* en si és notòriament costós, especialment en els casos en què les parts no estan segures de les teories dels seus oponents o no són proclius a ser comunicatives en resposta a les sondes de descoberta.

El comitè va concloure que la incertesa sobre les posicions dels oponents no és l'única font d'ineficiència en les primeres etapes del litigi. Segons els autors, un altre problema és que alguns advocats i litigants semblen tenir dificultats per a afrontar la seva situació al principi de la vida d'una demanda. De vegades els advocats tenen dificultats per a desenvolupar des del principi una teoria coherent del seu cas. De vegades els clients no estan preparats per a ser realistes sobre les situacions. De vegades els litigants i els advocats estan tan pressionats per altres responsabilitats que es poden veure obligats a analitzar sistemàticament la seva pròpia causa només quan algun esdeveniment extern els obliga a fer-ho. De vegades barreres psicològiques poden interposar-se en el camí de tals confrontacions. És difícil prendre grans decisions. És més fàcil, psicològicament, llançar una campanya per a recopilar informació i posposar així els esforços seriosos per a arribar a un acord sobre la situació de controvèrsia.¹³ I l'avaluació neutral es va proposar com una opció connectada als tribunals a Califòrnia.

L'avaluació neutral ha tingut una recepció dispar en els sistemes judicials o ordenaments jurídics. Així, té una major acollida en els sistemes de *common law*, en els quals s'inclouen, per exemple, la *Dispute resolution reference guide*, en el marc del *Canada's System of Justice*,¹⁴ o la *Chancery Guide* de la Gran Bretanya,¹⁵ i alguns

12. Sobre el *discovery* de documents, vegeu N. ZAKIYY, «The upshots of using early neutral evaluation in pre-discovery of documents in complex civil litigation», *Journal of Arts and Humanities*, vol. 3, núm. 7 (juliol 2014), p. 59 i seg.

13. W. D. BRAZIL, M. A. KAHN, J. P. NEWMAN i J. Z. GOLD, «Early neutral evaluation», p. 279 i seg.

14. Podeu consultar la guia al portal del Ministeri de Justícia del Canadà: <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022).

15. Es pot consultar a: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uplo->

programes connectats als tribunals d'alguns estats dels Estats Units d'Amèrica, per a posar un altre exemple.¹⁶ Està institucionalitzada legalment¹⁷ en algun ordenament jurídic de *civil law*, com és el cas de l'estat de Coahuila de Zaragoza, a Mèxic.¹⁸ És, però, una opció menys coneguda, i fins i tot qualificada d'extravagant¹⁹ en la cultura jurídica espanyola.

A continuació veurem la configuració jurídica de l'avaluació neutral a partir d'aquests textos.

2. CONCEPTE

L'avaluació neutral es defineix com:

[...] un procedimiento alterno para la solución de controversias mediante el cual un tercero, experto e independiente de las partes, llamado facilitador en evaluación neutral, recibe de éstas sus argumentos de hecho y de derecho, así como sus pruebas, con el propósito de ponderar la validez legal de sus respectivas posiciones y sugerirles recomendaciones sobre las que puedan concertar un acuerdo y con ello solucionar su controversia. (art. 55 de la Llei de mitjans alterns de solució de controvèrsies per a l'estat mexicà de Coahuila de Zaragoza [en endavant, LMASC])²⁰

ads/attachment_data/file/869071/chancery-guide-eng.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

16. R. CHERNICK, «ADR comes of age: what can we expect in the future?», *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, núm. 2, *Collaborative law* (2004), p. 188, <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss2/2>> (consulta: 10 juliol 2022).

17. Al costat de la mediació, la conciliació i l'arbitratge.

18. Als estats de Mèxic, l'avaluació neutral només es troba en la legislació de l'estat de Coahuila de Zaragoza. VEGEU G. TAMEZ GONZÁLEZ, D. J. MONTALVO HERRERA, O. LEYVA CORDERO i A. HERNÁNDEZ, «Análisis comparativo sobre los métodos alternativos para la resolución de conflictos a partir de la legislación de los estados de la República Mexicana», *Revista Justicia* (Barranquilla: Mejoras i Universidad Simón Bolívar), vol. 24, núm. 34 (2018), p. 399-400.

19. Així la qualifica F. MARTÍN DÍZ, «El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de Derecho Político* (UNED), núm. 106 (setembre-desembre 2019), p. 39. Planteja les reticències a aquesta figura E. HOUSE, *Evaluación, ética y poder*, 2a ed., Madrid, Morata, 1997, p. 90, qui manifesta que les persones sotmeses a avaluació no volen un avaluador neutral que no es preocupi pels problemes. Una persona sotmesa a judici no escolliria un jutge totalment independent del seu sistema social.

20. Art. 55 de la Llei de mitjans alterns de solució de controvèrsies per a l'estat de Coahuila de Zaragoza. Llei publicada al diari oficial el dimarts 12 de juliol de 2005; última reforma publicada al diari oficial el 17 de maig de 2013, Decret núm. 420, <www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/download/coahuila-ley-de-metodos-alternos-de-solucion-de-controversias.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

En la *Dispute resolution reference guide*²¹ del Ministeri de Justícia del Canadà es diu que és:

[...] a process in which the parties or their counsel present their cases to a neutral third party (usually an experienced and respected lawyer with expertise in the substantive area of the dispute) who renders a non-binding reasoned evaluation on the merit of the case.²²

En la mateixa línia, a l'estat de Puerto Rico dels Estats Units d'Amèrica es concep com a:

[...] proceso en el cual cada parte presenta ante el interventor o la interventora neutral (evaluador o evaluadora) un resumen de sus teorías legales y de la evidencia a base del cual se pondera la validez legal de la posición de cada parte y se expone dicho análisis a los litigantes (regla 1.03.e). (Reglament de mètodes alterns per a la solució de conflictes de Puerto Rico [d'ara endavant, RMASCPR])²³

En la configuració actual,²⁴ mitjançant l'avaluació neutral es pot reprendre o facilitar la comunicació entre les parts sobre la base de l'anàlisi i les recomanacions de

21. Aquesta guia eludeix expressament el terme *alternatiu* d'aquests mecanismes perquè considera que tots ells (judici, arbitratge, mediació, etc.) formen part de l'espectre d'opcions de la resolució de les disputes.

22. Podeu consultar la guia al portal del Ministeri de Justícia del Canadà: <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022).

23. Aquest reglament estableix la política pública de la branca judicial amb relació als mètodes alternatius per a la solució de conflictes i defineix els mètodes que s'han d'utilitzar i els aspectes processals d'aquests a l'estat de Puerto Rico. Vegeu-ne el títol iv, apèndix xxix, <<https://law.justia.com/codes/puerto-rico/2018/titulo-4-d-1/>> (consulta: 10 juliol 2022). Va ser aprovat pel Tribunal Suprem de Puerto Rico mitjançant la Resolució ER 98-5, del 25 de juny de 1998 (<www.lexjuris.com/lexjuris/DTS98/lex98079.htm> [consulta: 10 juliol 2022]), i esmenat per aquest tribunal mitjançant la Resolució ER-2005-1, del 4 de març de 2005 (<www.ramajudicial.pr/opiniones/2005/2005TSPR20.pdf> [consulta: 10 juliol 2022]). Un dels centres proveïdors (proveïdor P-0042) del Negociat de Mètodes Alterns per a la Solució de Conflictes del Tribunal Suprem de Puerto Rico també recull la definició de l'avaluació neutral; veg. <www.sipmapr.net/mediacion_arbitraje.htm> (consulta: 10 juliol 2022).

24. Segons la descripció de la figura de l'any 1994, l'avaluació neutral es podia desenvolupar amb una decisió de l'expert designat i no hi havia la possibilitat d'oferir possibles acords a les parts. Que l'avaluació neutral primerenca no incloïa les propostes d'acord de l'expert avaluador es desprèn del comentari de Sander i Goldberg quan fan una comparació entre l'avaluació neutral, el judici amb jurat sumari i el *minitrial* pel que fa a la capacitat de preservar la relació entre les parts involucrades en el conflicte. Aquests autors expliquen que han atorgat a la valoració neutral primerenca una qualificació més baixa que al judici amb jurat sumari o el *minitrial* per la seva baixa capacitat de mantenir relacions. Si bé els tres procediments són

l'avaluador, per a obtenir una anàlisi i unes recomanacions diferents en funció de cada situació concreta i, amb això, ajudar les parts a obtenir acords duradors.²⁵

2.1. ELEMENTS IDENTIFICADORS

A partir de les definicions anteriors s'obtenen els caràcters d'aquest procés.

2.1.1. *Voluntarietat*

En general, les persones immerses en una controvèrsia són lliures de decidir si volen iniciar aquest procés d'avaluació en virtut del principi de l'autonomia privada. Igualment, tenen llibertat per a acceptar o rebutjar el resultat de l'avaluació neutral. No obstant això, algun ordenament jurídic preveu la derivació judicial d'aquest procediment i en aquest cas les parts estan compel·lides a participar-hi i a conèixer el criteri avaluador,²⁶ sota l'advertència de desacatament si no ho fan (regla 3.05b RMASCPR).²⁷

2.1.2. *Intervenció d'un tercer*

L'avaluació neutral es basa en la intervenció d'un tercer, expert i independent de les parts, la tasca del qual és emetre un informe respecte de les posicions i els arguments de les parts que estan en conflicte, així com, segons l'ordenament jurídic o la concepció en què s'emmarqui la figura, proposar una sèrie de recomanacions a partir de les quals les persones implicades puguin construir el seu propi acord i resoldre les seves discrepàncies.²⁸

relativament breus i, per tant, fan poc mal a la relació, el judici per jurat sumari i el minitrial generalment involucren negociacions entre els directors; i aquestes negociacions de vegades tenen el potencial de reparar una relació esfilagarsada. Si una avaluació neutral primerenca en particular impliqués negociacions entre els directors, rebria la mateixa qualificació que el judici per jurat sumari o el minitrial (F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 53).

25. A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos», p. 214.

26. Així defineix l'avaluació neutral un dels centres proveïdors (proveïdor P-0042) del Negociat de Mètodes Alterns per a la Solució de Conflictes del Tribunal Suprem de Puerto Rico. Vegeu <www.sipmapr.net/mediacion_arbitraje.htm> (consulta: 10 juliol 2022).

27. RMASCPR, p. 13, <www.ramajudicial.pr/NegMed/Recursos/Normas/REGLAMENTO-ME-TODOS-ALTERNOS.pdf>, <<https://poderjudicial.pr/index.php/negociado-de-metodos-alternos/>> (consulta: 10 juliol 2022).

28. Vegeu RMASCPR.

En la major part de les definicions, aquest tercer sol ser un advocat privat amb perícia en el tema del cas, el qual dirigeix una audiència privada amb les parts i els lletrats respectius, en un moment anterior al litigi, per a escoltar les posicions i els arguments de cada part.²⁹ En alguns contextos específics, els avaluadors són professionals amb experiència en diverses disciplines i la seva tasca consisteix precisament a avaluar tècnicament els assumptes controvertits entre les parts, però no tenen autoritat per a imposar una solució.³⁰ S'inclou en la definició conceptual la consideració de la intervenció experta respecte dels coneixements sobre la matèria objecte de litigi i externa en relació amb les parts, és a dir, aliena a les parts. Els avaluadors han de limitar-se a valorar el problema i donar la seva opinió sobre com es podria resoldre el problema.

El rol de l'avaluador neutral, doncs, és el d'un tercer imparcial³¹ que ajuda les parts a identificar els principals problemes que hi ha en disputa, discuteix els punts forts i els punts febles dels arguments de les parts, avalua els fonaments de les reclamacions i emet una opinió sobre el resultat probable del judici.

29. W. A. WRIGHT, «Métodos alternativos de resolución de conflictos en los Estados Unidos: experiencias recientes a nivel federal», a M. A. AIELLO DE ALMEIDA, *Mediación: Formación y algunos aspectos claves*, Ciutat de Mèxic, Porrúa, 2001, p. 88-89.

30. A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos», p. 214.

31. En la legislació espanyola sobre mediació se sol diferenciar el principi d'imparcialitat, identificat amb la igualtat de parts, és a dir, que la persona mediadora tracta totes les parts de manera igual, del principi de neutralitat, que es refereix al fet que el mediador no es posiciona, és a dir, no emet una valoració sobre com s'hauria de resoldre aquest conflicte, no es posiciona ni a favor d'una banda ni a favor de l'altra. Vegeu l'article 8 de la Llei 1/2009, del 27 de febrer, reguladora de la mediació familiar a la Comunitat Autònoma d'Andalusia, *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 80, de 2 d'abril de 2009. Basant-se en la imparcialitat, el mediador no pren partit per cap de les parts:

1. La persona mediadora, como tercera imparcial en el proceso, deberá ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de ellas.

2. La persona mediadora no podrá imponer soluciones o medidas concretas, tendrá en cuenta los intereses de quienes intervengan en el proceso, y respetará los distintos puntos de vista y la igualdad de las partes en la negociación.

Al Canadà:

[...] the neutral evaluator's role is that of an impartial third party who helps the parties identify the main issues in dispute, discusses the strengths and weaknesses of the parties' arguments, assesses the merits of the claims and renders an opinion on the likely outcome of the case in court. Whenever possible, the neutral evaluator helps the parties explore the possibility of a mutually acceptable settlement and may be invited to serve as mediator or facilitator.

Neutral és un adjectiu que qualifica l'actuació, la persona (o el país) que no participa en cap de les opcions del conflicte,³² que no pren partit en el conflicte generat per altres, que no imposa³³ res en la línia del principi de neutralitat de la mediació.³⁴ En mediació, el tercer és neutral perquè és una figura «neutra», és a dir, que participa per a ajudar en la comunicació, però no imposa una solució, és a dir, no dicta una resolució vinculant. A través de preguntes i fins i tot propostes, l'avaluador neutral pot fer pensar les parts en altres actituds o possibles solucions que no s'estiguin estudiant, però, en tot cas, són les parts les que han d'arribar a un acord. No es tracta mai d'una solució imposada. Per això és neutral. Pot formular propostes perquè les parts les analitzin i elles són en tot moment les responsables de la decisió final. L'essència de la neutralitat consisteix a no influir les parts.³⁵ Imparcialitat i neutralitat són principis que van de bracet en els procediments de resolució de conflictes en general, però amb un significat propi en cadascun d'ells.³⁶

2.1.3. *Decisió no vinculant*

L'avaluació neutral emesa per l'expert no finalitza amb la imposició d'una solució al conflicte³⁷ ni és de compliment obligatori per a les parts. Si una considera que l'expert ha emès el dictamen sobre la base d'algun error, no està obligada a sotmetre-s'hi ni a acceptar la solució oferta, sinó que pot acudir a la via judicial (o a un altre mecanisme) per a exposar les seves raons, amb la particularitat que es partirà d'un treball realitzat prèviament, ja que, després d'aquesta avaluació neutral, la diferència subjecta a decisió, sotmesa a la consideració d'altres pèrits, pot estar molt concretada i

32. Vegeu el *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 2021, s. v. *neutral*, 1a acc., <<https://dle.rae.es/neutral>> (consulta: 10 juliol 2022).

33. *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 2021, s. v. *neutral*, 2a acc., <<https://dle.rae.es/neutral>> (consulta: 10 juliol 2022).

34. Vegeu l'article 8 de la Llei 5/2012, del 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils: «Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación [...]».

35. Vegeu I. BARRAL *et al.*, «El concepte jurídic de la mediació», a P. CASANOVAS, *et al.* (ed.), *Materiales del Libro blanco de la mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 190.

36. Sobre imparcialitat i neutralitat en la mediació, veg. S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR: (Solución extrajudicial de conflictos)*, València, Tirant lo Blanch, 2018, p. 72-74; E. CARRETERO MORALES, «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012», a Helena SOLETO MUÑOZ (dir.) i EMILIANO CARRETERO MORALES (coord.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 3a ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 146-147, i L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, Reus, 2006, p. 403.

37. A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos», p. 214-215.

precisada.³⁸ Això dependrà, en gran manera, de les expectatives de les parts en relació amb els interessos respectius.³⁹

2.1.4. *Propicia l'acord*

En els seus orígens, l'avaluació neutral tenia uns objectius específics. Segons Levine eren: *a)* forçar les parts a confrontar els fonaments del propi cas i els dels seus oponents en l'etapa més primerenca possible; *b)* identificar quins assumptes de dret i de fet estan realment en disputa; *c)* desenvolupar un enfocament eficient per al descobriment; *d)* proporcionar una avaluació franca del cas. Va ser més tard, diu l'autor, que «el foment dels primers acords es va afegir com un objectiu explícit».⁴⁰

I així és com podem trobar en els textos més recents que una de les finalitats de l'avaluació neutral és promoure discussions sobre acords i el seu propòsit més ampli és contribuir tant al desenvolupament del cas com al procés de solució.⁴¹

En aquesta línia, l'avaluació neutral ofereix també un sumari de recomanacions a partir de les quals les parts, les protagonistes interessades del procés, poden construir el seu propi acord⁴² i resoldre les seves desavinences.⁴³ L'avaluació neutral, reiterem, no finalitza amb la imposició d'una solució al conflicte per part de l'avaluador, sinó amb l'acord⁴⁴ de les mateixes parts com a resultat de la intervenció i les recomanacions d'aquest.⁴⁵

38. J. P. ORTUÑO MUÑOZ i J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documentos de Trabajo: Laboratorio de Alternativas* (Madrid, Fundación Alternativas), núm. 110 (2007), p. 31.

39. Segons F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 51, aquesta brevetat i el caràcter no vinculant de la decisió de l'avaluador neutral pot ser que no satisfacin l'interès del client.

40. David I. LEVINE, «Early neutral avaluation: the second phase», *Journal of Dispute Resolution*, núm. 4 (1989), p. 2.

41. Vegeu la *Dispute resolution reference guide* del Canadà: <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022).

42. G. PAREDES CARBAJAL i J. GRAY CHICCHÓN, «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción», *Revista de Derecho Administrativo* (Círculo de Derecho Administrativo), núm. 4 (2008), p. 204, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14533/15143>> (consulta: 10 juliol 2022).

43. Sobre l'eficàcia dels acords, el model que s'adopta a l'estat mexicà de Coahuila és el de la legalització pel director del Centro de Medios Alternos de Solución de Controversias del Poder Judicial (art. 10 LMASC), que és l'òrgan facultat per a operar amb els mitjans alterns (art. 28 LMASC); <http://congreso-coahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa133.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

44. Vegeu un formulari per a emplenar un acord eventual en la *Dispute resolution reference guide* del Canadà: <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022).

45. A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos», p. 214-215.

2.1.5. Confidencialitat

Tota la informació que les parts aporten a l'avaluador té caràcter absolutament confidencial, per la qual cosa aquest en cap cas no pot difondre a tercers cap qüestió relativa als assumptes o documents tractats per les parts amb ell.⁴⁶

L'avaluació neutral és, per tant, confidencial (llevat que les parts acordin el contrari); per aquest motiu, al Canadà, per exemple, està subjecta a l'aplicació de la Llei d'accés a la informació i a la Llei de privadesa quan el Govern federal és una part. El procés d'ADR és apropiat quan la confidencialitat es considera important o necessària per a les parts, cosa que sovint succeeix: les parts que utilitzen els processos d'ADR generalment ho fan sobre la base que poden discutir assumptes lliurement amb l'expectativa que no es divulgaran ni públicament, ni en un judici, ni en un arbitratge posterior.⁴⁷ En la *Chancery guide* de la Gran Bretanya s'estableix com a criteri que en aquest procediment de l'avaluació neutral les presentacions o proves produïdes han de ser «without prejudice» i no vinculants, per la qual cosa el tribunal no retindrà en el seu arxiu cap dels documents presentats per al procés o un registre de l'opinió de l'expert.⁴⁸ Tot i això, les parts poden acordar que tots o alguns d'aquests elements del procés d'avaluació no siguin confidencials quan així es manifesti per escrit (per exemple, en la regla 6.01*b*, par. 2, RMASCPR) i, per tant, es puguin consultar en qualsevol judici o audiència posterior. També es preveuen excepcions al principi de confidencialitat per a quan concorrin determinades circumstàncies que posin en risc la integritat física d'una persona.⁴⁹

2.2. DISTINCIÓ AMB FIGURES AFINS

Qualificada com a procediment híbrid, l'avaluació neutral té punts en comú i, alhora, diferències amb altres mecanismes, els anomenats *principals*, com ara l'arbi-

46. Vegeu la regla 6.01*a* del RMASCPR. I, en aquest sentit, A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos», p. 214.

47. R. McLAREN i J. P. SANDERSON, *Innovative dispute resolution: The alternative*, Scarborough (Ontario), Carswell, 1994, p. 3.

48. *Chancery guide*, punts 18.12 i 18.13, p. 72, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869071/chancery-guide-eng.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

49. Regla 6.01*d* RMASCPR:

[...] exista la obligación de informar sobre la existencia o la sospecha de maltrato o negligencia contra un menor o una menor ni la información sobre la planificación o intención de cometer un delito que ponga en riesgo la integridad física de terceras personas, de los o las participantes o del interventor o de la interventora neutral.

tratge i la mediació, i amb alguna altra intervenció professional que es basa en l'opinió d'un expert, com ara el peritatge.

2.2.1. *Arbitratge*

La subjecció a l'opinió d'experts independents en litigis amb un rerefons tècnic no és pròpiament un arbitratge,⁵⁰ sinó una opinió científica que no és vinculant. Per tant, les parts no estan obligades a complir la solució oferta i poden optar per acudir a la via judicial. En canvi, un arbitratge no vinculant sí que s'assembla a l'avaluació neutral.⁵¹

2.2.2. *Mediació*

Un mediador actua principalment com a facilitador,⁵² se centra en la comunicació i les emocions de les parts, busca augmentar la comprensió entre elles, explora els seus interessos en lloc de promoure una posició, crea un ambient col·laboratiu i ajuda les parts a crear una solució, que és única en la seva situació.⁵³ En una mediació facilitadora típica, el mediador fa preguntes per a entendre la situació i subtilment dirigeix les parts a explorar opcions i resultats potencials. Amb aquest enfocament facilitador, les parts esperen que el mediador interfereixi el mínim possible en la discussió de les parts i se centri a facilitar i guiar aquest diàleg perquè les negociacions no es trenquin.

Des de la perspectiva de la tercera persona neutral que ajuda les parts a explorar les opcions òptimes per a la resolució de la controvèrsia i que pot incloure en el seu informe un sumari de recomanacions a partir de les quals les parts poden construir el seu propi acord i resoldre així les seves desavinences, l'avaluació neutral presenta qualitats idèntiques a la mediació,⁵⁴ sobretot si el mediador actua segons la modalitat

50. J. P. ORTUÑO MUÑOZ i J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR)», p. 31.

51. F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 61 i 67, posen en relleu que l'arbitratge no vinculant s'assembla a l'avaluació neutral primerenca.

52. L. L. RISKIN, «Mediator orientations, strategies and techniques. Alternatives to the high cost of litigations», *Center for Public Resources* [en línia], vol. 12, núm. 9 (1994), p. 111-114.

53. David I. LEVINE, «Early neutral evaluation: a follow-up report», *Judicature*, vol. 70, núm. 4 (desembre-gener 1987), p. 237.

54. Vegeu M. M. BUSTAMANTE RÚA, S. A. MUÑOZ, J. A. GIRÁLDEZ ARISTIZÁBAL i J. I. MARÍN TAPIERO, «Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) e inteligencia artificial (IA)», p. 89.

avaluativa,⁵⁵ és a dir, també fa propostes de solució.⁵⁶ Quan les parts del conflicte no són prou coneixedores de la matèria o no són prou hàbils per a desenvolupar propostes o negociar les unes amb les altres, poden no reconèixer qüestions o interessos rellevants, no desenvolupar plenament les opcions o no arribar a un acord que sigui bo —si no saben les normes aplicables al cas, difícilment sabran arribar a un acord bo per a elles— com ho farien amb un mediador més avaluatiu. S'ha arribat a dir que un enfocament de la facilitació mal conduït pot significar, si no respon als interessos subjacents, una pèrdua de temps.⁵⁷ Al Canadà, l'avaluador neutral pot ser convidat a actuar com a mediador.⁵⁸ La formació del mediador pot ser un element diferenciador de l'avaluador neutral: el primer pot no ser un expert en la matèria objecte del conflicte, mentre que l'avaluador neutral, per definició, és un professional independent i expert en la matèria.

2.2.3. *Peritatge*

El fet que l'avaluador neutral sigui un expert en la matèria concreta objecte de discussió ens ha fet pensar en la figura del pèrit. El peritatge és el treball o estudi que fa un pèrit,⁵⁹ és a dir, l'expert o entès en alguna cosa.⁶⁰ En la Llei d'enjudiciament civil (LEC)⁶¹ es reconeix la diversitat i l'amplitud d'aquest mitjà de prova, amb atenció al seu caràcter instrumental freqüent respecte d'altres mitjans de prova (exposició de motius, XI, LEC), i per aquest motiu el peritatge abasta diferents especialitats.⁶²

55. L. L. RISKIN, «Understanding mediators orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed», *Harvard Negotiation Law Review* [en línia], vol. 1, núm. 7 (1996), p. 46.

56. L'avaluació es desdibuixa amb el procés de mediació, tret que les parts sol·licitin una avalució específica. Vegeu «Neutral evaluation», a *Dispute resolution reference guide* [en línia], nota 2, <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022).

57. L. L. RISKIN, «Understanding mediators orientations, strategies, and techniques», p. 46.

58. Vegeu l'apartat II, «Characteristics of a neutral evaluation», *in fine*, de la *Dispute resolution reference guide* del Canadà, <www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/eval.html> (consulta: 10 juliol 2022): «Whenever possible, the neutral evaluator helps the parties explore the possibility of a mutually acceptable settlement and may be invited to serve as mediator or facilitator».

59. *Diccionario de la lengua española*, s. v. *peritaje*: <<https://dle.rae.es/peritaci%C3%B3n?m=form>> (consulta: 10 juliol 2022).

60. *Diccionario de la lengua española*, s. v. *perito*: <<https://dle.rae.es/perito?m=form>> (consulta: 10 juliol 2022).

61. Llei 1/2000, del 7 de gener, d'enjudiciament civil, BOE, núm. 7, 8 de gener de 2000, <www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

62. Prenem com a exemple les modalitats de peritatge segons el professional o l'àmbit en què aquest desenvolupa la seva activitat i trobem metges, psicòlegs, psiquiatres, químics, arquitectes, taxadors, enginyers, industrials, agrònoms, professionals de l'automòbil, cal·lígrafs, economistes, agents d'assegurances, agents socials, informàtics, enginyers navals, aeronàutics, acústics o investigadors d'incendis, agents de la

Segons Orellana de Castro,⁶³ el pèrit judicial, que tant pot ser el designat pel tribunal com el designat per la part, té la finalitat principal d'identificar la «veritat tècnica» de l'assumpte en què se sol·licita la seva intervenció, per a traslladar-la al prescriptor dels seus serveis professionals (l'advocat o el tribunal), i la seva funció no se centra exclusivament a elaborar el dictamen pericial que ha de ser aportat davant del tribunal, sinó que també ha d'assessorar l'advocat sobre la millor manera de plantejar la prova pericial i sobre quin n'ha de ser l'abast.

El dictamen pericial se sol vincular amb un dels mitjans de prova (art. 299.1.4 LEC) que es poden aportar al procés judicial quan siguin necessaris coneixements científics, artístics, tècnics o pràctics per a valorar fets o circumstàncies rellevants per a l'assumpte o per a adquirir certesa sobre ells (art. 351 LEC).

Des de la perspectiva subjectiva, tots dos, avaluador neutral i pèrit, són experts en la matèria amb titulació o amb expertesa reconeguda; la seva funció és emetre un informe (avaluació, en el cas de l'avaluador neutral; dictamen, en el cas del pèrit) en què es pronuncien sobre la situació que es planteja per a dirimir d'acord amb aquests coneixements que tenen. El peritatge se sol fer com a mitjà de prova quan la demanda judicial ja està plantejada. L'avaluació neutral se sol sol·licitar amb anterioritat a la interposició de la demanda, precisament per a centrar el litigi de manera tan precisa com sigui possible, per a valorar els punts forts i els punts febles de les posicions respectives i, alhora, l'eventual probabilitat d'assolir la satisfacció dels objectius en l'àmbit judicial, i per a proposar opcions de solució. El pèrit sol ser d'una de les parts, per la qual cosa se centra a fonamentar la posició de la part que el sol·licita i destaca els aspectes que contribueixen a informar el jutge sobre per què hauria de decidir a favor de la petició de la part del conflicte que ha sol·licitat els seus serveis. L'avaluador adopta una posició d'anàlisi de les pretensions de les dues parts i, basant-se en els seus propis coneixements, emet una avaluació, en la qual inclou, i aquesta és la diferència principal, recomanacions i propostes d'un acord eventual entre les dues parts.

A més, l'avaluador neutral pot intervenir abans i durant el procediment judicial per a concretar els punts esmentats anteriorment. La designació judicial del pèrit està regulada (art. 341.1 LEC) i també la seva formació i possible recusació a l'àmbit penal (art. 457 de la Llei d'enjudiciament criminal [LECrim])⁶⁴ amb causes de recusació.

propietat intel·lectual i altres (retirada de carnet i multes de trànsit) que ofereixen al seu lloc web un gabinet de pèrits; veg. <www.gp-grup.com/peritos-judiciales?gclid=CjwKCAjwgdX4BRB_EiwAg8O8HfJbqyyp-P1eWAmBmZtYuYEWNUmBsaH0jKbmjO-jZ3lsrDdCtJE9-xoC_08> (consulta: 10 juliol 2022).

Al lloc web de l'Asociación Española de Peritos Judiciales (AEPEJU) també hi trobem moltes especialitats: <<https://aepeju.com/peritos/>> (consulta: 10 juliol 2022).

63. R. ORELLANA DE CASTRO, *Aspectes conflictius de la prova pericial: Especial atenció a la pericial cal·ligràfica*, tesi doctoral dirigida per Joan Picó i Junoy, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2019, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=264675>> (consulta: 10 juliol 2022).

64. Reial decret del 14 de setembre de 1882, pel qual s'aprova la Llei d'enjudiciament criminal, BOE,

3. BENEFICIS I INCONVENIENTS DE L'AVALUACIÓ NEUTRAL

Segons l'opinió de la magistrada nord-americana ja retirada Anne Ellington, les esperances i expectatives dels clients i el compromís dels advocats amb ells i amb la seva causa poden portar a subestimar l'altra part, a estar massa segurs del cas, a quedar engegats. L'avaluació neutral —diu— representa un segon parell d'ulls d'un advocat experimentat, d'un exjutge o d'un jutge que no està al càrrec del cas, que treballa directament amb l'advocat que sol·licita els seus serveis per a proporcionar una avaluació sincera, confidencial i objectiva d'un cas o de qualsevol aspecte concret del cas en qualsevol etapa, en general abans de la presentació de la demanda. Una avaluació neutral pot considerar factors com ara processos, lleis, prenedors de decisions, problemes substantius o d'evidències i resultats potencials. Aquesta visió experta externa pot ser beneficiosa.

Per exemple, en un cas de lesions personals, explica la jutge, l'advocat defensor va dir que no podia discutir cap acord sense els registres mèdics complets del demandant. En lloc d'exigir una sol·licitud formal dels documents, l'advocat del demandant es va oferir immediatament per a obtenir tots els registres pertinents. L'avaluador va poder organitzar un intercanvi de documents seleccionats. Això va estalviar a les parts el problema d'haver de sol·licitar una gran quantitat de documents.⁶⁵

A més, l'avaluació neutral proporciona un control sobre el temps en què l'avaluació s'ha de dur a terme, sobre les funcions i els documents que s'hi inclouen i sobre el procés d'avaluació mateix, que pot tenir la forma que sigui útil per a cada persona: una avaluació escrita, una conversa informal o fins i tot reunions amb clients i juntes directives. En resum, un avaluador proporciona experiència, confidencialitat, neutralitat i franquesa quant a les expectatives pel que fa al resultat del litigi⁶⁶ en ponderar la validesa legal de les pretensions.⁶⁷

L'avaluació neutral sembla apropiada, doncs, quan la visió de les parts sobre la situació de conflicte sembla poc realista, quan hi ha una gran disparitat entre les po-

núm. 260, de 17 de setembre de 1882, <www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> (consulta: 10 juliol 2022).

65. Vegeu David I. LEVINE, «Early neutral evaluation: a follow-up report», p. 238.

66. Anne L. ELLINGTON, «The benefits of neutral evaluation», *JAMS* (blog), 14 de desembre de 2016, <www.jamsadr.com/blog/2016/the-benefits-of-the-neutral-evaluation> (consulta: 10 juliol 2022).

Un dels grans valors de l'anàlisi neutral és l'ajuda que representa en la gestió de les expectatives del client. Un altre element que la magistrada posa sobre la taula és el cost. És cert que la intervenció d'un avaluador neutral és una despesa addicional, per la qual cosa hi ha d'haver prou interessos en joc per a justificar-ho. El cost depèn de la funció que ha de desenvolupar: dues o tres hores per a avaluar problemes específics i discutir estratègies amb un advocat costarà relativament poc. La consulta en diverses etapes pot costar molt més.

67. Art. 55 del Decret 420 de la Llei mexicana de «medios alternos de solución de controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza».

sicions respectives o quan es vol obtenir una avaluació de les pretensions abans de presentar la demanda. Opera com una mena de «control de la realitat» en relació amb les perspectives d'èxit de les pretensions de les parts.⁶⁸

L'avaluació neutral proporciona, a més, una comprensió millor dels assumptes legals i fàctics del cas amb percepcions d'imparcialitat processal, independentment de quina sigui la resolució.⁶⁹

No sembla que sigui adequada, en canvi, quan hi ha un punt feble o un punt fort en les proves o les pretensions d'una de les parts que l'altra no hauria de conèixer.⁷⁰ A més, aquesta avaluació neutral pot ser percebuda com una fase més, prèvia al procés judicial, que retarda la resolució final de la controvèrsia i afegeix a l'increment del temps un cost addicional si les parts no arriben a un acord o s'inicia amb mala fe, és dir, quan una de les parts s'avé a l'avaluació i després no coopera. També hi ha el risc que es recorri a aquest procediment com a tàctica dilatòria o per a conèixer l'estratègia de l'altra part.

4. L'AVALUADOR NEUTRAL: REQUISITS DE CAPACITACIÓ I FUNCIONS

En general, la persona que duu a terme l'avaluació neutral, que s'anomena no només *avaluador neutral*, sinó també *auditor*,⁷¹ *facilitador*⁷² o *interventor neutral*, sol tenir una formació jurídica com a professional de l'advocacia (regles 2.2 i 2.3 RMASCPR),⁷³

68. Douglas HOUGHTON, «Is early neutral evaluation the start of new way of resolving probate disputes», *Elder Law Journal*, vol. 2016, núm. 1 (2016), p. 95.

69. J. GOODMAN-DELAHUNTY, P. ANDERS GRANHAG, M. HARTWIG i E. F. LOFTUS, «Insightful or wishful: lawyers' ability to predict case outcomes», *Psychology Public Policy and Law*, vol. 16, núm. 2 (maig 2010), p. 152.

70. D. HOUGHTON, «Is early neutral evaluation the start of new way of resolving probate disputes?», *Elder Law Journal*, vol. 24 (2016), núm. 1, p. 97.

71. G. PAREDES CARBAJAL i J. GRAY CHICCHÓN, «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción», p. 204.

72. Art. 55 LMASC.

73. Vegeu aquesta regla de conducta 9.04a a <www.lexjuris.com/lexjuris/dts98/lex98079.htm> (consulta: 10 juliol 2022). El 1985, en el programa pilot sobre l'avaluació neutral primerenca als tribunals de Califòrnia es va considerar que els advocats privats amb experiència estaven preparats per a fer algunes de les funcions previstes aquí per a l'avaluador neutral primerenc. Per a fer-les bé cal tenir en compte diferents factors. Un és el temps requerit per a aquest procediment. L'avaluador generalment ha de dedicar tres o quatre hores a aquest procés per cas (en assumptes més complexos, el compromís de temps pot ser encara més gran). El segon factor és que l'avaluació requereix que la persona neutral critiqui completament i francament la posició de cada litigant i faci una valoració específica del cas. A més, les parts i els lletrats respectius poden ser més oberts en les seves discussions sobre el cas amb un advocat privat, que no tindrà poder sobre el curs del litigi, que no pas amb un jutge o un magistrat. Les parts poden ser menys temeroses

jutge aliè al cas⁷⁴ o exjutge.⁷⁵ El criteri de selecció de l'avaluador neutral advocat pot variar segons l'ordenament jurídic de què es tracti. Per exemple, se sol exigir la reputació de bon judici i equitat, experiència en litigis i, sempre que sigui possible, experiència en l'àrea temàtica que és al centre de la demanda, ja que això li permetrà arribar ràpidament a la qüestió central de la disputa i avaluar les pretensions i proves de les parts, a més d'estar en una posició particularment bona per a identificar l'eventual desenvolupament del procés judicial.⁷⁶

La legislació pot establir els requisits de capacitació de manera molt detallada, com a l'estat mexicà de Coahuila de Zaragoza, on s'exigeix a l'avaluador neutral un exercici professional com a advocat d'almenys deu anys.⁷⁷

En circumstàncies apropiades, el tribunal, amb l'antuència de les parts, pot designar interventora neutral una persona que no estigui certificada per la institució corresponent perquè considera que té la pràctica o l'experiència suficients per a entendre en el procés altern de què es tracti (regla 4.01b RMASCPR).⁷⁸

En determinats estatuts, en consideració a l'especialitat del cas, cal una formació o una expertesa diferent de la d'advocat, com succeí en el cas d'un conflicte derivat de l'enfonsament d'un immoble, en el qual, segons els Estatuts de Florida (Florida Statute 627.706(2) (c)), l'avaluador neutral ha de ser un enginyer o un «professional de la geologia».⁷⁹

També es requereix a l'avaluador neutral una formació específica en resolució alternativa de litigis o haver estat aprovat pel departament corresponent.⁸⁰

i formals en presència de l'avaluador privat, poden estar més disposades a comunicar-se amb franquesa i poden ser més flexibles. Vegeu W. D. BRAZIL, M. A. KAHN, J. P. NEWMAN i J. Z. GOLD, «Early neutral evaluation», p. 283.

74. Si bé no s'ha de descartar recórrer a advocats especialitzats, contractar un jutge en aquest rol pot donar a les parts almenys la percepció que l'*early neutral evaluation* (ENE) és precisa i, per tant, dona credibilitat al procés. Douglas HOUGHTON, «Is early neutral evaluation the start of new way», p. 97.

75. Anne L. ELLINGTON, «The benefits of neutral evaluation».

76. W. D. BRAZIL, M. A. KAHN, J. P. NEWMAN i J. Z. GOLD, «Early neutral evaluation», p. 284.

77. A més de ser una persona honorable, major d'edat, que tingui una capacitació en mètodes alternatius per a la resolució de controvèrsies i que no estigui sotmesa a cap dels impediments per a ser nomenada facilitadora (art. 12 LMADC), en concret per a l'avaluador neutral s'exigeix que «[e]n el caso de la evaluación neutral deberá ser un especialista en derecho, con una experiencia en el desempeño de su profesión de cuando menos diez años».

78. Vegeu <www.ramajudicial.pr/NegMed/Recursos/Normes/REGLAMENT-MÉTODES-ALTERNES.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

79. El Florida Statute 627.706(2)(g) diu que el «“professional geologist” means a person, as defined in s. 492.102, who has a bachelor's degree or higher in geology or related Earth science and experience and expertise in the identification of sinkhole activity as well as other potential geologic causes of structural damage».

80. És el cas d'enginyers i geòlegs a l'estat de Florida, on poden ser avaluadors neutrals en casos d'enfonsament: «The engineer or professional geologist must have completed a course of study in alternative

Les funcions concretes de l'avaluador neutral estan descrites en la legislació de l'estat mexicà de Coahuila de Zaragoza, en concret en l'article 56 LMASC:

- I. Efectuar los estudios necesarios para identificar la controversia y separar los puntos sobre los que no existan diferencias a fin de simplificar el conflicto; examinar las cuestiones controvertidas a través de sus debilidades y fortalezas; y analizar las posibles soluciones;
- II. Realizar recomendaciones atendiendo a cada situación concreta; y,
- III. Ayudar a las partes a alcanzar acuerdos duraderos.

En la línia apuntada inicialment, l'avaluador neutral pot fer sortir a la llum nova informació arran de la qual les parts optin per desescalar la disputa i reprendre les negociacions basades en els seus interessos.⁸¹

No obstant això, la percepció de la doctrina pel que fa als acords no és unívoca. Per a Brazil, els propòsits centrals d'una sessió d'avaluació són: *a)* identificar els centres legal i probatori del cas; *b)* fer una avaluació dels arguments tan fiable com ho permetin les circumstàncies i, quan calgui, *c)* elaborar un pla eficient per a desenvolupar la informació que les parts creguin que és suficient per a emetre judicis responsables sobre quin serà el resultat del litigi. L'avaluació neutral també ofereix a les parts l'oportunitat de tractar de resoldre el seu cas, però aquesta oportunitat sorgeix després que la taula d'avaluació estigui completament establerta.⁸²

És possible, per tant, reprendre o facilitar la comunicació entre les parts a partir de l'anàlisi i les recomanacions de l'avaluador que ha tingut en compte la situació concreta i, també, ajudar les parts a assolir acords duradors.⁸³

dispute resolution designed or approved by the department for use in the neutral evaluation process, must be determined by the department to be fair and impartial, and must not be otherwise ineligible for certification as provided in s. 627.7074». A més, se'ls impedeix «be employed by a property insurer, property insurance adjuster, or adjusting firm; and must be licensed as an Engineer or Professional Geologist with the Florida Department of Business and Professional Regulation (DBPR)». Vegeu <<https://espanol.myfloridacfo.com/Division/Agents/Licensure/General/docs/00-57.htm>> (consulta: 10 juliol 2022).

81. C. A. CONSTANTINO i C. SICKLES, *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos: Una guía para crear organizaciones productivas y sanas*, Barcelona, Granica, 1997, p. 115.

82. W. BRAZIL, «Early neutral evaluation or mediation - when might ENE delivery more value», *Dispute Resolution Magazine*, vol. 14, núm. 1 (tardor 2007), p. 11.

83. G. G. PAREDES CARBAJAL i J. GRAY CHICCHÓN, «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción», p. 204.

5. MATÈRIES SUSCEPTIBLES D'AVALUACIÓ NEUTRAL

Com en tots els procediments d'ADR, un dels aspectes que pot ser interessant conèixer és identificar quins casos poden ser gestionats mitjançant l'avaluació neutral. Hi ha estudis⁸⁴ que han tractat de donar resposta a aquest interrogant, però cap no hi ofereix una solució concloent. En l'estudi de Levine, publicat el 1989, s'exposa que de les respostes a les enquestes fetes sobre aquesta qüestió no sorgeix cap patró que suggereixi clarament quines característiques dels casos, dels advocats o de les parts, un tribunal podria utilitzar de manera coherent i seguint un protocol per a derivar determinats conflictes a l'avaluació neutral.⁸⁵ En un estudi posterior, de Sander i Goldberg, publicat el 1994,⁸⁶ es va optar per esbrinar quins eren els interessos reals de cada persona i, seguidament, preguntar-los sobre el seu interès en cadascun dels diferents mecanismes per a resoldre conflictes. Novament, com en l'estudi anterior esmentat, la conclusió va ser que l'anàlisi de la capacitat de cada procediment per a complir diversos objectius no calia. El màxim que es va poder concloure en aquest punt de l'anàlisi és que alguns procediments d'ADR són preferibles als tribunals.⁸⁷ Els mateixos autors acaben manifestant que l'opinió d'un expert neutral, amb un resultat probable no vinculant, pot ser útil per a proporcionar a les parts una avaluació de la situació des d'un punt de vista legal i, alhora, pot afavorir que intentin assolir un acord. Les parts sovint estan d'acord en els fets, però no ho estan en les seves implicacions legals. Per exemple, en un cas el demandant afirma que, sobre la base dels fets acordats, té un 90 % de probabilitat d'èxit als tribunals. El demandat, per la seva part, afirma també que té un 90 % de possibilitats d'èxit. Si bé hi pot haver una disputa legítima sobre el resultat probable, ambdues estimacions no poden ser correctes. Aquí, també, un mediador sovint pot persuadir les parts perquè resolguin la seva disputa sense determinar quina de les seves posicions és la «correcta». Si no, una avaluació no vinculant del resultat probable per part d'un avaluador neutral experimentat pot ser útil per a aconseguir un acord.⁸⁸

84. Per exemple, els fets per David I. LEVINE, «Early neutral avaluation: the second phase».

85. Segons l'estudi de Levine publicat el 1989, les matèries que els participants van triar per a l'avaluació neutral van ser l'antimonopoli, els contractes, els drets civils, els béns immobles, la responsabilitat civil i la propietat intel·lectual. Vegeu David I. LEVINE, «Early neutral avaluation: the second phase», p. 58.

86. F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 52.

87. F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 52.

88. F. SANDER i S. B. GOLDBERG, «Fitting the forum to the fuss», p. 56.

La *Chancery guide*, a la Gran Bretanya, també posa de manifest aquesta dificultat per a identificar casos concrets que haurien de ser gestionats amb l'avaluació neutral.⁸⁹

En canvi, la regla 9.02 RMASCPR conté una disposició específica, intitulada «Casos elegibles», que estableix una mena de principi segons el qual «(a) Serán elegibles para el procedimiento de evaluación neutral todos los casos de naturaleza civil». Cal tenir present que l'elecció la fa el tribunal, a iniciativa pròpia o a sol·licitud d'alguna de les parts, i és qui determinarà els casos que es referiran al procediment de l'avaluació neutral, tenint en compte les probabilitats que aquest mecanisme resulti efectiu per a aconseguir la solució ràpida de les controvèrsies plantejades per les parts. Precisament, a fi d'avaluar les probabilitats d'efectivitat de l'avaluació neutral en cada cas, el tribunal ha de considerar, entre d'altres, els factors que s'inclouen en l'apartat (b) d'aquesta regla 9.02 RMASCPR: «(1) La naturaleza del caso; (2) La posibilidad de lograr un acuerdo; (3) La necesidad de proveer remedios de emergencia antes de referir el caso; y, (4) Los costos y riesgos de la litigación».⁹⁰

La doctrina coincideix que l'avaluació neutral pot ser apropiada quan una disputa involucra qüestions tècniques i les parts han arribat a un punt mort sobre aquestes qüestions tècniques o científiques, en què l'avaluador neutral té experiència.⁹¹ Resulta particularment rellevant en camps com les patents,⁹² les responsabilitats mèdiques o professionals,⁹³ la tecnologia⁹⁴ i la construcció.⁹⁵ Pel que fa a aquest darrer àmbit,

89. Segons la *Chancery guide* de la Gran Bretanya, no hi ha un tipus de cas que sigui adequat per a l'avaluació neutral primerenca. És particularment adequada quan la pretensió es refereix a un problema de construcció, un problema de llei on hi ha autoritats en conflicte o quan hi ha la sospita d'infracció de drets de propietat intel·lectual. Vegeu el punt 18.16 de la *Chancery guide*, p. 73, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869071/chancery-guide-eng.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

90. En els casos de controvèrsies d'interès públic, el tribunal haurà de sopesar l'interès de les parts que el seu cas es resolgui ràpidament i econòmicament, davant de la importància de l'interès públic i la necessitat d'aclarir o establir una norma o un precedent judicial. Quan, segons el parer del tribunal, l'interès públic sigui més gran o més important que l'interès de les parts, el cas no s'ha de referir a avaluació neutral (RMASCPR).

91. *Guidance on the use of ADR for litigation in the federal courts*, Washington, The Department of Justice, Civil Division, 1992, p. 8.

92. La *IPO's opinion service for patent disputes* preveu un panel amb organitzacions que ofereixen serveis d'avaluació neutral: <www.wipo.int/amc/es/rules/> (consulta: 10 juliol 2022). Els reglaments de mediació, arbitratge, arbitratge accelerat i decisió d'experts estan en vigor des de l'1 de juliol de 2021: <www.wipo.int/amc/es/rules/> (consulta: 10 juliol 2022).

93. J. P. ORTUÑO MUÑOZ i J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR)», p. 32.

94. M. HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, «Remedy without diagnosis: how to optimize results by leveraging the appropriate dispute resolution and shared decision-making process», *Fordham Law Review*, vol. 88, núm. 6 (maig 2020), p. 2205.

95. D. BROWN-BERSET i M. SCHERER, «Les modes alternatifs de règlement des différends dans le do-

cal destacar un cas concret: la reclamació contra l'asseguradora amb motiu d'un enfonsament. Florida és un dels estats amb el nombre més gran d'enfonsaments. La secció 627.706(2)(a) dels Estatuts de Florida requereix a les companyies asseguradores un procediment específic de resolució en què s'inclou la intervenció d'un avaluador neutral.⁹⁶

maine de la construction», a *Journées Suisses du Droit de la Construction*, Fribourg, Université de Fribourg, 2007, p. 282. Els autors posen de manifest la necessitat que qualsevol part que estigui considerant la mediació primer ha de dur a terme una avaluació neutral i profunda, una veritable auditoria de la seva posició contractual i la de la part contrària. També ha d'analitzar els pros i els contres de la mediació des de la seva perspectiva i la de l'altra part. A la Gran Bretanya, sobre l'avaluació neutral en l'àmbit de la construcció vegeu *Chancery guide*, p. 77, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869071/chancery-guide-eng.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

96. A Florida la normativa exigeix a les companyies asseguradores que, en rebre una reclamació sobre una pèrdua per enfonsament d'un edifici cobert, inspeccionin el predi per a determinar si hi va haver dany estructural que pugui ser conseqüència de l'enfonsament.

Si l'asseguradora descobreix un dany estructural que coincideix amb una pèrdua per enfonsament, o si no pot identificar una causa vàlida d'aquest dany, s'ha de contractar un enginyer o un geòleg per a fer proves que determinin la causa de la pèrdua amb una probabilitat professional raonable. L'enginyer o el geòleg ha de lliurar un informe amb les conclusions a la companyia asseguradora.

Després de rebre l'informe o el rebuig d'una reclamació per una pèrdua per enfonsament, s'exigeix a l'asseguradora que notifiqui al titular de la pòlissa que té el dret de participar en el programa d'avaluació neutral.

Si la companyia d'assegurances rebutja una reclamació per pèrdua o dany en funció dels resultats de les proves, o no pot acordar el mètode de reparació o recuperació, té l'opció d'exigir una avaluació neutral. Aquest procés alternatiu de resolució de disputes, que implica l'ús d'un avaluador neutral certificat per l'estat, està autoritzat en la secció 627.7074 dels Estatuts de Florida. *Avaluador neutral* fa referència a un enginyer o un geòleg professional que ha finalitzat els estudis en la resolució alternativa de disputes dissenyada o aprovada pel Departament de Serveis Financers per a utilitzar-la en el procés d'avaluació neutral i que és designat pel Departament perquè sigui just i imparcial.

Si l'asseguradora rebutja la reclamació sense dur a terme l'avaluació perquè arriba a la conclusió que no hi va haver dany estructural, pot exigir que es dugui a terme per a determinar la causa de la pèrdua. Ha de fer-ho per escrit davant de l'asseguradora dins dels seixanta dies posteriors al rebuig de la reclamació i ha de pagar el 50 % dels costos reals de l'examen o 2.500 dòlars —l'import que sigui menor—. Si es confirma la pèrdua per enfonsament, l'asseguradora ha de donar un reemborsament. Tant la persona assegurada com l'asseguradora poden demanar que intervingui un avaluador neutral si es va emetre un informe d'enfonsament.

Vegeu la referència 627.7074 dels Estatuts de Florida i la Norma 69J-8, <www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0600-0699/0627/Sections/0627.7074.html> (consulta: 10 juliol 2022).

Sobre aquest procediment, vegeu *Settling your sinkhole claim: Where to find help*, <www.myfloridacfo.com/Division/Consumers/understandingCoverage/Guides/documents/SettlingSinkholeClaim.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

En l'àmbit successori s'ha recomanat l'avaluació neutral⁹⁷ i hi ha també algunes experiències en temes de custòdia i pàtria potestat o potestat parental a Minnesota,⁹⁸ on aquest procediment s'adapta a un àmbit per al qual no estava pensat inicialment.⁹⁹

I també cal fer-ne conèixer el costat fosc. De l'estudi efectuat per Levine, publicat el 1989, es desprèn que l'avaluació neutral no és tan apropiada quan: *a)* almenys una de les parts es representa a si mateixa, és a dir, actua sense assistència lletrada (litigants *pro per o pro se*); *b)* l'objectiu principal buscat és equitatiu, no monetari; *c)* el cas planteja una qüestió important de política pública sobre la qual es busca un pronunciament judicial, o *d)* les normes legals sobre les quals s'aplicarà la disposició no són clares i les parts necessitaran un pronunciament judicial sobre la llei per a resoldre l'assumpte. Els dos primers es poden aplicar administrativament; els dos últims poden ser considerats pel jutge de primera instància o per una moció com a base per a eliminar un cas del programa d'avaluació neutral primerenca.¹⁰⁰

6. PROCEDIMENT

Respecte al desenvolupament de l'avaluació neutral, en síntesi, normalment s'inicia mitjançant un escrit conjunt d'ambdues parts a l'entitat que s'encarrega d'aquest servei. Un cop rebut l'escrit, l'entitat remet a les parts una llista d'avaluadors perquè escullin el que desitgin. Una vegada designat l'avaluador i signat el document corresponent a la prestació del servei professional, aquell ha de requerir a les parts la documentació i els arguments escrits que considerin adequats per a fonamentar les posicions respectives. Després de la celebració de la reunió amb les parts, l'avaluador pot sol·licitar-los que presentin les conclusions per escrit i després emetrà l'informe.¹⁰¹ Les parts tenen la possibilitat d'assistir-hi amb els professionals que considerin oportú durant tot el procés.¹⁰²

Més detallat és el procés de desenvolupament de l'avaluació neutral en la normativa de l'estat de Coahuila de Zaragoza, ja que en el capítol tercer de la LMASC es regula

97. En els casos de successions contencioses, això és particularment rellevant quan les parts poden trobar difícil apreciar els punts forts i els punts febles del seu cas perquè estan en ple procés de dolor, i la mida de l'herència, si bé és important per als involucrats, es pot reduir ràpidament per causa dels costos legals. És l'opinió de Douglas HOUGHTON, «Is early neutral evaluation the start of new way», p. 97.

98. Y. PEARSON *et al.*, «Early neutral evaluation: applications to custody and parenting time cases of development and implementation in Hennepin County, Minnesota», *Family Court Review*, vol. 44, núm. 4 (octubre 2006), p. 672-682.

99. M. E. LAUROBA LACASA, «Instruments per a una gestió constructiva dels conflictes familiars: mediació, dret col·laboratiu, arbitratge ¿i...?», *InDret*, any 2018, núm. 4, p. 45.

100. David I. LEVINE, «Early neutral evaluation: the second phase», p. 49.

101. A. VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos», p. 215.

102. <<https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/evaluacionneutral/>> (consulta: 10 juliol 2022).

cada fase: el procediment *stricto sensu* (art. 57 LMASC),¹⁰³ l'informe de l'avaluador (art. 58 LMASC)¹⁰⁴ i l'acceptació de les propostes de l'avaluador (art. 59 LMASC).¹⁰⁵

En la *Chancery guide* de la Gran Bretanya no hi ha establert un procediment per a l'avaluació neutral. El jutge, que és qui duu a terme aquesta avaluació, ofereix a les parts en conflicte unes directrius per a la seva preparació i el seu desenvolupament, segons el que consideri apropiat. Només es pot basar en escrits de posició i en els documents proporcionats per les parts. En molts casos, però, és preferible que hi hagi, a més, una breu audiència de l'avaluador amb les parts de fins a mig dia. L'opinió de l'avaluador s'entrega de manera informal.¹⁰⁶

Aquesta avaluació es basa en la informació que les parts subministren a l'avaluador neutral, que ha d'incloure la versió dels fets, les teories legals i la prova disponible (regla 9.01 RMADCPR).

Cal ressaltar que l'avaluació neutral també es pot fer en plataformes virtuals *ad hoc*.¹⁰⁷

Pel que fa a quan s'hauria de fer aquesta avaluació neutral, la resposta sol ser que en gairebé qualsevol etapa, en qualsevol moment d'un cas, depenent del seu propòsit. Segons l'exmagistrada Ellington, cada etapa ofereix la possibilitat que una avaluació neutral sigui útil.

Si s'hi recorre abans d'anar als tribunals, l'avaluació neutral pot ajudar a decidir si és procedent o no iniciar un procediment judicial en consideració a les despeses del litigi i la probabilitat d'èxit en el marc d'un sistema de *common law*. L'avaluador neu-

103. L'escrit de petició i a qui s'adreça (article 57.I LMASC); la comunicació entre l'avaluador i les parts (article 57.II LMASC) per diferents mitjans; la comunicació a les parts, per part de l'avaluador neutral nomenat, del lloc, la data i l'hora en què hauran de presentar per escrit, de manera senzilla i informal, els fets, els arguments i les proves que serveixin de suport a les seves propostes (article 57.III LMASC); excepcionalment, una reunió conjunta amb les parts per decisió de l'avaluador o a petició de qualsevol part (article 57.IV LMASC); l'auxili d'altres avaluadors o especialistes en les matèries diferents de la que coneix o quan l'assumpte així ho mereixi (article 57.V LMASC); el termini d'emissió de l'informe de l'avaluador (article 57.VI LMASC), no superior a seixanta dies comptadors a partir de l'endemà que les parts van presentar la seva sol·licitud; la devolució a les parts de tota la documentació proporcionada quan l'avaluació acaba (article 57.VII LMASC); l'assessorament de l'avaluador amb els professionals que consideri necessaris (article 57.VIII LMASC).

104. L'avaluador ha d'emetre per escrit un informe d'avaluació respecte dels fets, les proves i els arguments presentats per cadascuna de les parts, d'acord amb la pràctica habitual i el coneixement propi de la seva activitat professional.

105. Si les parts accepten la proposta o les propostes formulades, s'ha de fer constar l'acord en forma d'acta, que han de signar juntament amb l'avaluador, en els termes de l'article 42 d'aquesta llei. Si no arriben a un acord, s'ha d'aixecar una acta del que s'ha actuat.

106. *Chancery guide*, punt 18.7, p. 72, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869071/chancery-guide-eng.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

107. Vegeu M. M. BUSTAMANTE RÚA, S. A. MUÑOZ, J. A. GIRÁLDEZ ARISTIZÁBAL i J. I. MARÍN TAPIERO, «Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) e inteligencia artificial (IA)», p. 89.

tral pot ajudar a identificar les incògnites del cas i la seva importància, a determinar les potencials teories legals i els elements necessaris de cadascuna, i a avaluar els riscos. Si escau, també pot oferir una avaluació privada del *petitum* que el demandant reclama al demandat i sobre com respondre-hi. Com en qualsevol conflicte en general, l'avaluació també és més efectiva si es fa abans que les actituds adverses arrelin, abans que les posicions s'enquistin, cosa que restringeix a les parts les oportunitats d'arribar a un acord.

Quan el procediment està començat, un avaluador neutral pot ajudar a analitzar un sol problema, o tots els problemes, o pot ajudar a concretar un argument específic. Hi ha alguna llacuna en la demanda que calgui completar? Quins són els arguments, els fonaments més forts i com es presenten? I quins són els fonaments més forts de l'altra part? Quins arguments són només distraccions?

Hi ha la possibilitat de fer l'avaluació neutral fins i tot després del judici o l'arbitratge. En el sistema de *common law*, els advocats d'apel·lacions experimentats sovint busquen una avaluació neutral dels escrits (qualsevol jutge d'apel·lacions encoratjarà tots els advocats, sense importar la seva experiència, que un no expert que sàpiga llegir i escriure sobre els escrits d'apel·lació revisi els seus escrits de prop abans de presentar-los).¹⁰⁸

L'avaluació neutral és una altra de les portes a les quals es pot acudir en el denominat sistema *multi-door* per a la gestió dels conflictes, l'origen del qual s'atribueix a la conferència de Frank Sander «Varieties of dispute processing», que va impartir l'abril del 1976. Curiosament, ell no va esmentar mai l'expressió «multi-door courthouse», sinó que, segons Earl Johnson,¹⁰⁹ qui va encunyar-la va ser l'editor d'una revista quan la va fer servir en el titular d'un article sobre la conferència de Sander. De tota manera, l'expressió reflectia el que Sander havia visualitzat i ha quedat unida per sempre a les recomanacions que va fer per a la revisió del sistema de resolució de conflictes als Estats Units d'Amèrica.

7. REFLEXIONS FINALS

Arran de l'allau de demandes judicials post-COVID-19, que han incrementat el col·lapse dels jutjats i tribunals, estem davant d'una nova oportunitat per a integrar els

108. Anne L. ELLINGTON, «The benefits of neutral evaluation».

109. Vegeu la història explicada per EARL JOHNSON, «The Pound Conference Remembered», *Dispute Resolution Magazine*, vol. 19, núm. 1 (2012), p. 6-8, <http://franksander.com/wp-content/uploads/2018/10/DRM_Fall12_Sander_Final.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

diferents mecanismes i procediments per a la gestió dels conflictes en el sistema jurídic amb la reforma legislativa oportuna, també en l'àmbit constitucional.¹¹⁰

L'avaluació neutral té una doble funció: ofereix una anàlisi experta respecte de les pretensions de les parts, d'una banda, i proporciona propostes d'acord, de l'altra. Evita que es plantegin litigis d'una complexitat tècnica extrema davant dels tribunals de justícia i es pot considerar com una intervenció efectiva per a inhibir litigis innecessaris en determinats àmbits, com ara la construcció o la responsabilitat professional o mèdica, per a posar alguns exemples.¹¹¹

L'avaluació neutral ofereix a les parts la possibilitat d'explorar totes les opcions apropiades de mecanismes d'ADR després que la disputa hagi sorgit sense limitar cap de les parts en cap sentit. És un mecanisme dins del qual les parts poden reflexionar sobre les possibilitats de gestió del seu conflicte, amb una primera valoració no vinculant i amb opcions de solució consensuades que poden subscriure o no. L'avaluació neutral pot ser un mecanisme que coadjuvi a fixar la disputa concreta per tal que pugui resoldre's als tribunals de la manera més ràpida i simple possible en la línia del que estableix el sistema de *common law*.¹¹² Destaquem els *Pre-action protocols*¹¹³ de la Gran Bretanya, que, malgrat que no són, en efecte, normes de la llei d'enjudiciament civil anglesa, són regles elaborades per professionals que consisteixen en propostes adreçades a les parts i relatives a com haurien d'actuar abans de recórrer als òrgans judicials:

1. To encourage the parties to settle disputes through the use of Alternative Dispute Resolution (ADR) such as mediation and arbitration. 2. To ensure that

110. Des de la reforma constitucional del 18 de juny de 2008, la *Constitución política de los Estados Unidos Mejicanos* explica en el paràgraf tercer de l'article 17 la norma següent: «Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial». Vegeu: <www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> (consulta: 10 juliol 2022).

En un sentit similar, l'article 258.2 de la Constitució veneçolana preveu que «[l]a ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos». Vegeu: *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, disponible en línia a <<https://venezuela.justia.com/federals/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/titulo-v/capitulo-iii/#articulo-258>> (consulta: 10 juliol 2022).

111. J. GOODMAN-DELAHUNTY, P. ANDERS GRANHAG, M. HARTWIG i E. LOFTUS, «Insightful or wishful: lawyers' ability to predict case outcomes», p. 152.

112. Vegeu M. M. BUSTAMANTE RÚA, S. A. MUÑOZ, J. A. GIRÁLDEZ ARISTIZÁBAL i J. I. MARÍN TAPIERO, «Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) e inteligencia artificial (IA)», p. 89.

113. Vegeu *Pre-action Protocols* en el sistema judicial civil britànic a <www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol> (consulta: 10 juliol 2022). Hi ha protocols respecte de dotze matèries concretes, cosa que significa que no tots els procediments tenen establert el protocol que cal seguir.

Sobre això, vegeu R. BERIZONCE, «Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal), núm. 44 (juliol-desembre 2016), p. 32.

parties are able to get all the information needed as soon as possible. 3. To allow suitable offers to resolve the issue to be made. 4. To ensure that, if the issue goes to court, it can be dealt with as quickly and simply as possible.¹¹⁴

I l'avaluació neutral és un procediment d'ADR o MASC més. Amb aquest expert, les parts tenen l'oportunitat de reajustar l'estratègia de litigi sobre la base de la reacció de l'avaluador i els avantatges qualitius d'asseure's junts per a un intercanvi informal.¹¹⁵ El fet de la reunió, l'oportunitat d'asseure's cara a cara,¹¹⁶ pot canviar l'«atmosfera» del litigi.

Les persones que estan involucrades en una disputa haurien de tenir una mentalitat oberta als diferents mètodes que poden proporcionar-los una resolució, particularment quan les emocions s'estan esgotant i les posicions es poden enquistar,¹¹⁷ i haurien de considerar l'avaluació neutral com un procés que proporciona una valoració d'un expert, propicia un acord i, per tant, preserva la relació o hi posa fi de manera consensuada si les parts així ho decideixen. L'objectiu és sempre obtenir una resposta eficient a la seva situació particular.

114. S. ALEXANDER, «What is a pre-action protocol?», *Law plain and simple* (blog), 7 de maig de 2021, <www.lawplainandsimple.com/legal-guides/article/what-is-a-pre-action-protocol> (consulta: 10 juliol 2022). L'autora explica que cada protocol fomenta l'ús d'ADR. En la majoria dels casos, aquest mecanisme proporciona un mitjà més rendible per arribar a un acord sobre el tema. Els protocols també contenen un termini suggerit durant el qual la demanda no s'hauria de presentar als tribunals, per a permetre que les parts considerin les seves posicions i la seva prudència.

En aquest mateix sentit que les parts haurien de considerar si la negociació o alguna altra forma d'ADR els podria permetre resoldre la seva controvèrsia sense iniciar un procediment judicial, vegeu l'apartat «Settlement and ADR» a *Practice Direction – Pre-action conduct and protocols* (en línia), Londres, Ministry of Justice (Regne Unit), <www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct> (consulta: 10 juliol 2022).

115. Douglas I. LEVINE, «Early neutral evaluation: a follow-up report», p. 239.

116. David I. LEVINE, «Early neutral evaluation: a follow-up report», p. 238.

117. Douglas HOUGHTON, «Is early neutral evaluation the start of new way», p. 98.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, Suzanne. «What is a pre-action protocol?». *Law plain and simple* [blog], 7 de maig de 2021, <www.lawplainandsimple.com/legal-guides/article/what-is-a-pre-action-protocol> [consulta: 10 juliol 2022].
- BARONA VILAR, Silvia. *Nociones y principios de las ADR: (Solución extrajudicial de conflictos)*. València: Tirant lo Blanch, 2018.
- BARRAL, Immaculada *et al.* «El concepto jurídico de la mediación». A: CASANOVAS, Pompeu *et al.* (ed.). *Materiales del Libro blanco de la mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011.
- BERIZONCE, Roberto Omar. «Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos». *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* [Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal], núm. 44 (juliol-desembre 2016), p. 19-43.
- BRAZIL, Wayne D. «Early neutral evaluation or mediation - when might ENE deliver more value». *Dispute Resolution Magazine*, vol. 14, núm. 1 (tardor 2007), p. 10-15.
- BRAZIL, Wayne D.; KAHN, Michael A.; NEWMAN, Jeffrey P.; GOLD, Judith Z. «Early neutral evaluation: an experimental effort to expedite dispute resolution». *Judicature*, vol. 69, núm. 5 (febrer-març 1986), p. 279-285.
- BROWN-BERSET, Dominique; SCHERER, Mathias. «Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction». A: *Journées Suisses du Droit de la Construction*. Fribourg: Université de Fribourg, 2007, p. 265-287.
- BUSTAMANTE RÚA, Mónica María; MUÑOZ, Santiago Ángel; GIRÁLDEZ ARISTIZÁBAL, Julián Andrés G.; MARÍN TAPIERO, Jorge Iván. «Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) e inteligencia artificial (IA) para la solución de controversias en línea (SCL): una apuesta por la descongestión en la Administración de justicia». *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações / The Law, State and Telecommunications Review* [Brasília], vol. 12, núm. 1 (maig 2020), p. 77-112.
- CARRETERO MORALES, Emiliano. «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012». A: SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.); CARRETERO MORALES, Emiliano (coord.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. 3a ed. Madrid: Tecnos, 2017, p. 132-176.
- CHASE, Oscar G. *Derecho, cultura y ritual: Sistema de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Traducció de Fernando Martín Diz. Madrid i Barcelona: Marcial Pons i Buenos Aires, 2011.
- CHERNICK, Richard. «ADR comes of age: what can we expect in the future?». *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 4, núm. 2, *Collaborative Law* (2004), p. 187-194, <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss2/2>> [consulta: 10 juliol 2022].

- CONSTANTINO, Cathy A.; SICKLES, Christina. *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos: Una guía para crear organizaciones productivas y sanas*. Barcelona: Grànica, 1997.
- ELLINGTON, Anne L. «The benefits of neutral evaluation». *JAMS* [blog], 14 desembre 2016, <www.jamsadr.com/blog/2016/the-benefits-of-the-neutral-evaluation> [consulta: 10 juliol 2022].
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, 2006.
- GOODMAN-DELAHUNTY, Jane; ANDERS GRANHAG, Pär; HARTWIG, Maria; LOFTUS, Elizabeth F. «Insightful or wishful: lawyers' ability to predict case outcomes». *Psychology Public Policy And Law*, vol. 16, núm. 2 (maig 2010), p. 133-157.
- HERNÁNDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana. «Remedy without diagnosis: how to optimize results by leveraging the appropriate dispute resolution and shared decision-making process». *Fordham Law Review*, vol. 88, núm. 6 (maig 2020), p. 2165-2254.
- HOUGHTON, Douglas. «Is early neutral evaluation the start of a new way of resolving probate disputes». *Elder Law Journal*, vol. 24 (2016), núm. 1, p. 95-98.
- HOUSE, Ernest R. *Evaluación, ética y poder*. 2a ed. Madrid: Morata, 1997.
- LAUROBA LACASA, M.^a Elena. «Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?». *InDret*, any 2018, núm. 4, p. 1-68.
- LEVINE, David I. «Early neutral evaluation: a follow-up report». *Judicature*, vol. 70, núm. 4 (desembre-gener 1987), p. 236-240.
- LEVINE, David I. «Early neutral evaluation: the second phase». *Journal of Dispute Resolution*, núm. 4 (1989), p. 1-58.
- MARTÍN DÍZ, Fernando. «El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva». *Revista de Derecho Político* [UNED], núm. 106 (setembre-desembre 2019), p. 13-42, <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/26146/20720>> [consulta: 10 juliol 2022].
- MCLAREN, Richard H.; SANDERSON, John P. *Innovative dispute resolution: The alternative*. Scarborough (Ontario): Carswell, 1994.
- ORELLANA DE CASTRO, R. *Aspectes conflictius de la prova pericial: Especial atenció a la pericial cal·ligràfica*. Tesis doctoral dirigida per Joan Picó i Junoy. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2019, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=264675>> (consulta: 10 juliol 2022).
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P.; HERNÁNDEZ GARCÍA, J. «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal». *Documentos de Trabajo: Laboratorio de Alternativas* (Madrid, Fundación Alternativas), núm. 110 (2007), p. 31.

- PARADES CARBAJAL, Gustavo; GRAY CHICCHÓN, Jaime. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». *Revista de Derecho Administrativo* [Círculo de Derecho Administrativo], núm. 4 (2008), p. 189-214.
- PEARSON, Yvonne *et al.* «Early neutral evaluation: applications to custody and parenting time cases program development and implementation in Hennepin County, Minnesota». *Family Court Review*, vol. 44, núm. 4 (octubre 2006), p. 672-682.
- RISKIN, Leonard L. «Mediator orientations, strategies and techniques. Alternatives to the high cost of litigations». *Center for Public Resources* [en línia], vol. 12, núm. 9 (1994), p. 111-114, <<https://doi.org/10.1002/alt.3810120904>> [consulta: 10 juliol 2022].
- RISKIN, Leonard L. «Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed». *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 1, núm. 7 (1996), p. 7-51.
- SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. «Fitting the forum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an ADR procedure». *Negotiation Journal*, vol. 10, núm. 1 (gener 1994), p. 49-68.
- TAMEZ GONZÁLEZ, Gerardo; MONTALVO HERRERA, Daniela J.; LEYVA CORDERO, Osvaldo; HERNÁNDEZ, Abraham. «Análisis comparativo sobre los métodos alternativos para la resolución de conflictos a partir de la legislación de los Estados de la República Mexicana». *Revista Justicia* [Barranquilla: Mejoras i Universidad Simón Bolívar], vol. 24, núm. 34 (2018), p. 385-404.
- WRIGHT, Walter A. «Métodos alternativos de resolución de conflictos en los Estados Unidos: experiencias recientes a nivel federal». A: AIELLO DE ALMEIDA, María Alba. *Mediación: Formación y algunos aspectos claves*. Ciutat de Mèxic: Porrúa, 2001, p. 81-120.
- ZAKIYY, Norman. «The upshots of using early neutral evaluation in pre-discovery of documents in complex civil litigation». *Journal of Arts and Humanities*, vol. 3, núm. 7 (juliol 2014), p. 59-69.

LA SUCCESSION CONTRACTUAL A LES ILLES BALEARS (EN ESPECIAL, MALLORCA I MENORCA). NOTÍCIA D'UNA REFORMA EN PROCÉS A PARTIR DE LA FEINA DEL CONSELL ASSESSOR

Francesca Llodrà Grimalt

Universitat de les Illes Balears

Professora titular de dret civil

Vocal del Consell Assessor de Dret Civil Balear

Resum

La proposta normativa de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears va ser presentada al Parlament de les Illes Balears el dia 4 de juliol de 2022 per tots els grups parlamentaris. Aquesta norma té per finalitat regular la globalitat dels negocis jurídics successoris coneguts en el dret civil de les Illes Balears: la donació universal de béns presents i futurs i el pacte de definició, per a Mallorca i Menorca, i els pactes successoris del dret eivissenc (incloent-hi el pacte de finiment).

La tasca d'estudiar i presentar una proposta de modernització de la regulació dels pactes successoris va ser iniciada pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears el juny del 2019. A l'abril del 2021 vaig encarregar-me de la redacció d'una gran part de la memòria justificativa de la feina del Consell, a partir dels debats i les evolucions de la matèria al si del mateix Consell i centrada en les qüestions més innovadores o rupturistes respecte a la regulació de la Compilació de dret civil de les Illes Balears (CDCIB), més que no pas a descriure el desenvolupament de les sessions, ja recollit en les actes del Consell.

Aquest treball es nodreix de qüestions recollides en aquella memòria de feina i té la finalitat de donar-li transparència de cara a futurs comentaris i crítiques de la norma.

El procediment que se seguirà per a la tramitació de la proposició de llei serà el de la lectura única (art. 153 del Reglament del Parlament de les Illes Balears), per la qual cosa no hi haurà esmenes ni debats de contingut.

He trobat necessari donar visibilitat al procés prelegislatiu d'aquesta norma perquè té una gran rellevància jurídicocivil. Comentat la norma projectada no és prudent quan una ha participat intensament en la seva redacció i, per tant, en l'adopció o l'exclusió de les solucions jurídiques possibles o imaginades. Així mateix, jo tindria poca creativitat a l'hora d'oferir una crítica jurídica, ja que qui pensa una norma queda vinculat per la solució legal adoptada. Per tant, en aquest treball pretenc donar a conèixer la feina del Consell Assessor que hi ha darrere

d'aquesta norma i la profunditat dels seus debats en les qüestions civils més complexes o modernes tractades en la norma.

Paraules clau: dret civil balear, dret de successions, pacte successori, llegítima, Illes Balears.

LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LAS ISLAS BALEARES (EN ESPECIAL, MALLORCA Y MENORCA). NOTICIA DE UNA REFORMA EN PROCESO A PARTIR DEL TRABAJO DEL CONSEJO ASESOR

Resumen

La propuesta normativa de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Islas Baleares fue presentada en el Parlamento de las Islas Baleares el día 4 de julio de 2022 por todos los grupos parlamentarios. Esta norma tiene por finalidad regular la globalidad de los negocios jurídicos sucesorios conocidos en el derecho civil de las Islas Baleares: la donación universal de bienes presentes y futuros y la definición, para Mallorca y Menorca, y los pactos sucesorios del derecho ibicenco (donde se incluye el pacto de finiquito).

La tarea de estudiar y presentar una propuesta de modernización de la regulación de los pactos sucesorios fue iniciada por el Consejo Asesor de Derecho Civil de las Islas Baleares en junio de 2019. En abril de 2021 me encargué de la redacción de gran parte de la memoria justificativa del trabajo del Consejo, a partir de los debates y las evoluciones de la materia en el seno del mismo Consejo y centrada en las cuestiones más innovadoras o rupturistas con la regulación de la Compilación, más que en describir el desarrollo de las sesiones, ya recogido en las actas del Consejo.

Este trabajo se nutre de cuestiones recogidas en esa memoria de trabajo y tiene la finalidad de darle transparencia de cara a futuros comentarios y críticas a la norma.

El procedimiento que se seguirá para la tramitación de la proposición de ley será el de la lectura única (art. 153 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares), por lo que no habrá enmiendas ni debates de contenido.

De ahí que me haya parecido necesario dar visibilidad al proceso prelegislativo de esta norma, de gran relevancia jurídico-civil. Comentar la norma proyectada no es prudente cuando una ha participado intensamente en la redacción de la misma y, por tanto, en la adopción o exclusión de las soluciones jurídicas posibles o imaginadas. Asimismo, yo tendría poca creatividad al ofrecer una crítica jurídica, puesto que quien piensa una norma queda vinculado por la solución legal adoptada. Por tanto, en este trabajo pretendo dar a conocer el trabajo del Consejo Asesor que hay detrás de esta norma y la profundidad de sus debates en las cuestiones civiles más complejas o modernas tratadas en ella.

Palabras clave: derecho civil balear, derecho de sucesiones, pacto sucesorio, legítima, Islas Baleares.

CONTRACTUAL SUCCESSION IN BALEARIC ISLANDS (SPECIALLY,
MAJORCA AND MENORCA). NOTICE OF A REFORM IN PROCESS
FROM CONSELL ASSESSOR WORK

Summary

The act proposal for agreed or contractual wills of the Balearic islands was presented to the Parliament of the Balearic Islands, on July 4, 2022, by all the parliamentary groups. The purpose of this act is to regulate the entirety of wills agreements (arrangements) known in the private law of the Balearic islands: the universal donation of present and future assets and the definition, for Majorca and Menorca, and the wills agreements of Ibiza law (which includes the family provisions called *finiquito*).

The task of studying and presenting a proposal to modernize the regulation of wills agreements began, by the Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears (Balearic Civil Law Advisory Council), in June 2019. In April 2021 I was in charge of the writing of a large part of a report justifying the work of the Council, based on the debates and evolutions of the matter at the heart of it, and focused on the most innovative or disruptive issues with the regulation of the Compilation of Balearic private law, rather than describing the proceedings of the Council's sessions.

This work is nourished by issues collected in this work report and has the purpose of transparency in the face of future comments and criticisms of the rule.

The procedure that will be followed for its processing will be that of a single reading (art. 153 of the Regulations of the Parliament of the Balearic Islands), so there will be no amendments or debates on content.

For these reasons I found it necessary to give visibility to the pre-legislative process of this rule, of great legal-civil relevance. Commenting on the proposed act is not prudent when one has participated intensively in its drafting and, therefore, in the adoption or exclusion of possible or imagined legal solutions. Likewise, I would have little creativity in offering a legal critique, since whoever thinks up a rule is bound by the legal solution adopted. Therefore, in this work I intend to make known the work of the Consell Assessor behind this act and the depth of its debates on the most complex or modern private legal issues dealt with in it.

Keywords: Balearic private law, inheritance law, wills arrangement, family provisions, Balearic Islands.

1. PRESENTACIÓ

El dia 4 de juliol de 2022 es presentà al Parlament de les Illes Balears, per part de tots els grups parlamentaris, la Proposició de llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, preparada¹ i redactada pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears.

Aquesta norma té per finalitat regular la globalitat dels negocis jurídics successoris coneguts en el dret civil de les Illes Balears: la donació universal de béns presents i futurs (recollida ara en els art. 8-13 del llibre I CDCIB), els pactes successoris del dret eivissenc (fins ara recollits en els art. 72-77 del llibre III CDCIB, que inclou també el pacte de finiment) i el pacte de definició (dels art. 50-51 del llibre I CDCIB).

En aquest treball tractaré només de les figures relatives a Mallorca i Menorca (donació universal i definició) i ho faré amb la finalitat de difondre el treball i les reflexions del Consell Assessor sobre alguns dels temes que regula aquesta proposició de llei, i tot seguint la memòria final justificativa de la norma proposada, annexa a les actes del Consell Assessor del setembre del 2021.

1.1. NECESSITAT D'UNA ACTUALITZACIÓ DE LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSIÓ PACCIONADA O CONTRACTUAL

El Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears va considerar que hi havia la necessitat d'actualitzar el tractament civil d'aquests negocis. Principalment, l'enfocament va ser arribar a una harmonització amb el desenvolupament fiscal actual dels mateixos negocis, conseqüència de normes² i sentències que, de manera gradual, han anat disminuint la seva tributació.

La rellevància fiscal dels pactes successoris com a clar títol successori fou evidenciada per la Sentència del Tribunal Suprem (STS) (Sala Contenciosa Administrativa)

1. La tasca començà, en la passada legislatura, amb el Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, nomenat per l'Acord del Consell de Govern del 14 de setembre de 2018 (*Butlletí Oficial de les Illes Balears* [BOIB], núm. 114, 15 de setembre de 2018), i fou continuada per l'actual Consell Assessor, nomenat per l'Acord del Consell de Govern del 7 de febrer de 2020 (BOIB, núm. 17, 8 de febrer de 2020).

2. L'art. 56 de la Llei balear 22/2006, del 19 de desembre, de reforma de l'impost de successions i donacions, qualificà els pactes i contractes successoris de la Compilació balear com a títols successoris als efectes de l'art. 11b del Reial decret 1629/1991, del 8 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre successions i donacions. Abans no semblava que aquesta consideració quedés clara, ja que si observam la Llei 29/1987, del 18 de desembre, de l'impost sobre successions i donacions, que en el seu art. 3 considerava fet imposable de l'impost: «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», veiem que no s'aclarien quins eren aquests «altres títols successoris».

del 9 de febrer de 2016,³ la doctrina de la qual es recull en la Resolució del 2 de març de 2016 del Tribunal Económico-administratiu Central (TEAC) i en diverses consultes vinculants de la Direcció General de Tributs (DGT), ja que va consolidar l'eliminació de la tributació pel presumpte guany patrimonial del disposador en el pacte successori.⁴

En segon lloc, el Consell Assessor va considerar que l'augment de l'esperança de vida empara la conveniència de traspasar una part del propi patrimoni —o tot— als descendents (o a altres familiars) per a fer-los partícips de la solidaritat intergeneracional, característica gens menyspreable des del punt de vista de la funció social de l'herència (art. 33 de la Constitució espanyola [CE]). Tot això, prenent com a base el principi de la *llibertat de testar*, usat com a principi de política jurídica de caire lliberal, en el sentit que es fonamenta en el dret a la llibertat individual de l'article 17 CE (en la derivada de llibertat civil o contractual) i en el dret a l'herència de l'article 33.1 CE (com a derivat del dret a la propietat privada).

Finalment, tampoc no es va desconèixer la conveniència d'aquesta ordenació successòria com a negoci jurídic per a fer front a una situació esperada de dependència (en relació amb els art. 4.1*i* i 14.7 de la Llei 39/2006, del 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència).

1.2. LA FORMA DE LLEI ESPECIAL EXTRAMURS DE LA COMPILACIÓ

L'opció per la llei extracompilada no és una proposta dogmàtica, ni predetermina l'una o l'altra opció de política legislativa global, sinó que respon a una qüestió d'eficiència, concreció temàtica, seguretat jurídica i sentit pràctic.

3. Diu la STS 3776/2016, del 9 de febrer de 2016: «[...] el Reglamento que en su artículo 11 nos dice qué debe entenderse por títulos sucesorios a efectos de este Impuesto, estableciendo que “entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: a) La donación *mortis causa*. b) Los contratos o pactos sucesorios [...]”. Por lo que ninguna duda cabe de que los pactos sucesorios [...] se trata de negocios jurídicos *mortis causa*, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal, o excepción de gravamen (en palabras de la DGT) prevista en el artículo 33.3b) de la Ley 35/2006, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas, según el cual «se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: [...] b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente»».

4. Ja que fins a aquest moment s'havia interpretat que existia un guany patrimonial del donant per la diferència existent entre el valor del bé en el moment del pacte i el valor que tenia quan s'havia adquirit; mentre que no es feia tal interpretació en cas de successió testamentària o intestada. Recordem la dicció de l'art. 33.3*b* de la Llei 35/2006, reguladora de l'impost sobre la renda de les persones físiques (IRPF): «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: [...] b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

Aquesta opció no contradiu les línies marcades per la reforma precedent de la Compilació, sinó que la reafirma, atès que la llei es presenta des de la declaració de la Compilació com a «dret comú»⁵ o dret supletori general (art. 1.3.2 de la Proposició de llei: «Les disposicions dels diferents llibres d'aquesta Compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis»), per la qual cosa s'observa en ella el vincle umbilical amb la Compilació.

La llei proposada apel·la a l'aplicació supletòria de la Compilació, a manca d'una disposició expressa d'aquesta llei (art. 4 de la Proposició de llei). Amb aquest recordatori del caràcter de dret comú de la Compilació es vol emfatitzar la seva funció de dret supletori general, de manera que qualsevol altra supletorietat de normes civils estatals només es pot pretendre a partir de la Compilació. Així, la nota de «comunitat» territorial du subordinada la nota de supletorietat.

Aprofundint en aquesta qüestió, quan coincideixen els àmbits territorials de la competència legislativa i de la vigència (art. 10 i 87.1 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears [EAIB]), com ocorre amb la Compilació, aquesta adquireix el caràcter de «comú», en una denominació merament tecnicojurídica: «el dret territorialment “especial” és el “directament” aplicable en el territori on és vigent. I el dret territorialment “comú” és “supletòriament” aplicable en els territoris on vigeix dret “especial”».⁶

En definitiva, concloem que amb la llei extracompilada es conjuga la necessitat pràctica de treballar fora del continent, que és la Compilació, un bloc temàtic o una institució tancada, amb el manteniment de la consciència dels vincles amb la norma matriu.

Per altra banda (i, en conseqüència, també a banda de la reforma de la Compilació per la Llei 7/2017, del 3 d'agost), la tècnica extracompilada ara seguida no es vincula ni es posiciona en relació amb el debat introduït per l'informe del maig del 1999 elaborat per la «comissió d'experts per a l'estudi d'una possible reforma de la Compilació de dret civil de Balears», creada pel Consell de Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (CAIB) en la sessió del 9 d'octubre de 1998.⁷

En dit informe, que fou el resultat de l'existència d'aquella comissió d'experts, després d'estudiar les possibilitats de legislar sobre el dret civil propi, des del punt de vista competencial s'exposà la necessitat d'un canvi de rumb en la política legislativa

5. La Llei 7/2017, del 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil, diu al final de l'apartat II de l'exposició de motius: «[...] s'inaugura també una línia de treball constant, relatiu a l'ordenació i modernització respectuosa de les institucions de la Compilació, per tal de mantenir-la i desenvolupar-la com a *corpus iuris* de referència del dret civil de les Illes Balears, les seves singularitats d'origen consuetudinari i la seva pluralitat normativa, amb l'ordenació de la matèria per illes».

6. Ferran BADOSA COLL, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil», *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1 (1994), p. 11-36, esp. p. 16.

7. BOIB, núm. 153, 1 de desembre de 1998.

actual, de mera conservació de l'existent, cap a una que no descarti el seu ús com a instrument eficaç de canalització de nous problemes sorgits en la societat balear. Per això s'advocava per un text únic, sempre que es pogués abordar en un termini raonable; en cas contrari, s'optava per la tècnica de la regulació sectorial.

En aquest cas, més de vint anys després d'aquella anàlisi de tècnica legislativa de la qual no es va dur a terme cap de les diverses propostes metodològiques que incloïa, l'opció d'una llei extracompilada no pressuposa l'adopció global de la tècnica legislativa de la «lleï especial» enfront de la reforma de la Compilació, sinó que ara només es vol respondre a la irrenunciable i inajornable eficiència legislativa present per a complir el manament estatutari de desenvolupar el dret civil de les Illes Balears (art. 30.27 EAIB).

Per tot això, no és sobrer recordar al legislador que o bé pot refondre⁸ aquesta llei dins d'un únic text futur, anomenat o no Compilació, i fer una reenumeració de la Compilació actual, o bé pot considerar que el tronc comú segueix dins la Compilació actual i aquesta modalitat concreta de vocació successòria voluntària, per l'especialitat territorial que representa, pot perviure en una llei extracompilada.

2. DISPOSICIONS COMUNES A TOTES LES ILLES

La llei proposada separa la regulació dels pactes en títols, en funció de la seva aplicabilitat a les diferents illes, cosa que permet que cada illa mantingui la seva idiosincràsia. Tot això és precedit d'un títol I (art. 1-4 de la Proposició de llei) on es recullen les regles comunes a totes elles.

La llei regula la successió paccionada o contractual de les Illes Balears (ho diu l'art. 1 de la Proposició de llei). La descripció de l'àmbit objectiu de la llei és merament enunciativa, ja que si bé només desenvolupa la regulació dels pactes successoris ja existents actualment en la Compilació, no impedeix la reflexió ni sobre una futura regulació de noves modalitats de pactes, ni sobre la possibilitat de fer extensiva l'aplicació dels pactes d'una illa a una altra.

8. El Consell proposa la refosa futura d'aquesta llei en l'articulat de la Compilació i així ho estableix en la disposició final segona, que diu: «S'autoritza el Govern de les Illes Balears perquè, en el termini de dos anys des de l'entrada en vigor d'aquesta llei, dugui a terme la refosa total o només de les disposicions de les illes d'Eivissa i Formentera d'aquesta llei dins el text de la Compilació. El text refós que s'aprovi haurà de regularitzar, aclarir i harmonitzar les disposicions aplicables dins cadascun dels llibres de què es compon la Compilació».

2.1. REFLEXIONS SOBRE L'OBERTURA A NOUS PACTES

En la sessió del 28 de març de 2021 es va proposar al Consell Assessor la introducció d'una disposició addicional, denominada «Liberalitats amb causa successòria o figures anàlogues als pactes successoris»:

Respecte al dret civil de Mallorca i Menorca, les donacions (a descendents) que tinguin el caràcter de col·lacionables a l'herència del donant participaran de la naturalesa de disposicions *mortis causa* dels pactes successoris.

Es va proposar la inclusió d'aquesta regla o de la seva finalitat (més que no pas de la seva literalitat), de manera que la redacció era una proposta de nou horitzó de la fiscalitat familiar, en el sentit que el patrimoni donat en vida dins del vincle de les relacions familiars —en concret, de la filiació en sentit ampli (descendents)— fos considerat des del prisma de la solidaritat intergeneracional i de l'organització dinàmica⁹ de la successió.

Així, es pensava que la donació simple o d'una cosa certa (no universal) deixaria de veure's com un enriquiment propi de grans patrimonis i passaria a entendre's des d'un nou horitzó de relacions econòmiques familiars comunes. S'havia pensat que, des d'un sentit holístic de l'acte altruista de donar, es considerarien com a figures de naturalesa anàloga als pactes successoris, les donacions simples o d'una cosa certa (no d'una universalitat), sobretot a descendents (però sense ser excloent dels col·laterals de quart grau quan no hi ha descendents, ja que és un parentiu jurídicament rellevant i protegit —art. 946 CC—), que hagin de tenir efecte en la successió del donant ascendent (això que socialment i popularment es diu «a compte de l'herència»), i per això es fa referència a la col·lació, com a figura que descansa sobre la idea de bestreta «de l'herència» i d'equitat amb la resta de cohereus «forçosos».

El perfil de la donació prevista en aquesta proposta normativa no considerava la idea de la donació *mortis causa* perquè no interessava insistir en actes amb complexitat jurídica com ho són els actes de present amb efectes *mortis causa*, sinó atendre una figura quotidiana i comuna com és la donació, amb una estructura i un desenvolupament comprensibles per tothom. Per això també hi ha la idea de bestreta, de rebre

9. Recordem que és una característica dels contractes successoris mencionada des d'antic. Així, Pedro RIPOLL Y PALOU, *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de las Baleares: Escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real decreto de 2 de febrero de 1880*, Palma, Imprenta de la Casa de Misericòrdia, 28 de desembre de 1880, recull la idea que «[...] lejos de ofrecerse en la práctica dificultades o perjuicios sobrevenidos por su aplicación, ella nos enseña que han constituido un elemento de armonía y hasta de tranquilidad en la familia, como puede serlo para una persona de buena administración el solventar paulatinamente sus compromisos, aún de carácter futuro, sin esperar que todos caigan de una vez sobre él o sobre la persona de su heredero».

no perquè sí, ni per pur lucre, sinó per mor d'uns vincles afectius i morals propis de les relacions parentals entre iguals, pròpies d'avui en dia, subjacents a l'acte de donar i, per tant, «a compte del que rebràs de la meua l'herència perquè sabem que seràs el meu hereu». De manera que no tindran cap utilitat nova, ni demanda social, les figures que únicament es focalitzen en la mort del donant per tal de produir efectes, perquè l'aleatorietat omple l'ésser humà i els seus negocis jurídics de prevencions i cauteles; mentre que és propera a la comprensió social una figura no innovada, sinó transparent, on tipus negocial i nom coincideixen,¹⁰ que combina, en situacions familiars normalitzades i estàndards, una legítima expectativa patrimonial a un herència i els efectes de present, tot això amb el joc de la referència a la col·lació, que dona a la donació la nota de «simple avançament de l'herència» (art. 1035 CC).

El fet de fer participar les donacions simples amb aquestes característiques de la naturalesa juridicocivil de negocis successoris es referia a la possibilitat que, dins del supòsit fàctic concretat per una norma posterior, aquestes donacions rebessin el tractament jurídic i fiscal dels pactes successoris quan aquest fos favorable, entenent que normalment ho serà perquè la política legislativa fiscal competència balear ha decidit donar impuls als pactes successoris i, per això, promoure el tractament favorable d'aquests amb tots els efectes.

No és irrellevant per a la fonamentació d'aquesta proposta el fet que des dels antecedents jurídics més remots del dret civil propi s'acostumi a relacionar donacions i contractes successoris, com el pacte de definició. No fou mai aliè al dret de Mallorca el fet de promulgar normes referents a donacions i, paradoxalment, des del punt de vista del foment de la llibertat dispositiva, principi actualment vertebrador del dret successor, ja que, des d'antic, es feia èmfasi en la no necessitat d'insinuació ni d'aprovació judicial de la donació (article 21 de la *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de Baleares*, del 28 de desembre de 1880).

Sobre els precedents legitimadors de la proposta, enfront de la introducció de *nomen iuris* diferents per a parlar de la donació amb la finalitat d'avançament de l'herència, veiem, per exemple, que en la *Recopilació de les franqueses i dret municipal de Mallorca*¹¹ (origen i font legitimadora —art. 149.1.8 CE: «allí donde existan»— del dret civil anomenat propi avui en dia —art. 87 EAIB—) apareixen en el mateix títol

10. Amb la qual cosa es respecta el principi de prevalença de la realitat. La doctrina clàssica del *nomen iuris* ve a expressar el principi que els contractes són el que realment són, i no allò en funció de la denominació que les parts els hagin atorgat: sentències del Tribunal Suprem del 24 de gener de 1986 (RJ 115), 25 d'abril de 1985 (RJ 1811), 31 de maig de 2010 (RJ 2657), 30 de novembre de 2010 (RJ 2011, 1162), 25 de febrer de 2013 (RJ 7413), 7 de maig de 2013 (RJ 3935), 3 d'abril de 2018 (RJ 1429) i 18 de desembre de 2019 (RJ 5125).

11. Antonio PLANAS ROSSELLÓ, *Recopilación del derecho de Mallorca 1622: Por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*, Palma, Ilustre Colegio de Abogados de Baleares i Miquel Font, 1996, p. 174.

(títol II del llibre III) les figures de «donations, deffinitions y renuntiations». Una regulació d'alguna incidència de la donació *inter vivos* apareix, per tant, com a «ordinació nova» (regles modernes de l'època enfront del dret privatiu originari), compartint títol amb la definició.

Encara és més rellevant, com a cordó umbilical invisible entre el dret propi i els antecedents legitimadors de la competència, la *Memoria* esmentada suara.

Ripoll, en la presentació del capítol II de la *Memoria*, relatiu a les successions, dona informació indirecta sobre el fet no estrany que les donacions, tal qual, sense eufemismes, compartissin regulacions en qüestions successòries amb altres negocis *mortis causa*. Així, parla panoràmicament, en relació amb les Corts de Montsó del 1510, celebrades pel rei Ferran II d'Aragó i Mallorca, de «testamentos, donaciones u otros cualesquiera contratos o últimas voluntades, siempre que en ellas se haga mención de hijos». I, sobretot, no és gens insignificant el fet que en la *Memoria* de Ripoll i Palou, document matriu del dret civil de Mallorca, encara avui en dia es tracta de la donació universal dins de l'epígraf «De las donaciones» (art. 21 i 22), i no en el de «Sucesión» (art. 1-11). La donació universal s'estableix damunt el negoci que és la base de la donació en l'article 22 de la *Memoria* («tiene el carácter de heredero del donante y como tal debe sostener los derechos activos y pasivos de su herencia, aun cuando exista sucesor testamentario»), i, per tant, el negoci o contracte de donació és una institució amb característiques peculiars al territori mallorquí, per això era objecte d'un epígraf propi.

En definitiva, amb orígens molts remots trobam, en el dret de Mallorca, la font legitimadora de la definició, la del pacte de renúncia a altres drets i la de la donació, tant si és universal, tant si està desvinculada de l'organització successòria, com si implica l'avançament de part de l'herència, sense pretensió d'universalitat.

La proposta fou rebutjada, però es deixà apuntada una millor ocasió per a analitzar-la.

2.2. EFICÀCIA I APLICACIÓ

Aquesta llei projectada tindrà eficàcia en el territori de les Illes Balears (art. 2 de la Proposició de llei), amb la salvaguarda de l'aplicació personal quan així ho determini la norma de conflicte competent, la qual cosa no és més que una reproducció de la fórmula utilitzada en l'article 10 EAIB.

Els punts de connexió (veïnatge, residència, etc.) d'acord amb els quals es pugui aplicar o no aquesta legislació, queden al marge de la competència d'aquesta.¹² Així, els

12. Les apel·lacions a l'eficàcia territorial del propi dret civil que podem veure en els estatuts d'autonomia i en les legislacions civils autonòmiques no tenen cap rellevància per al principi d'unitat de juris-

pactes o contractes successoris previstos en aquesta norma atorgats, en el moment de la seva formalització, conforme a la llei aplicable al futur causant, seran vàlids malgrat que la llei que reguli la successió sigui una altra, i la llegítima, o qualsevol altre dret del qual ningú no pugui ser privat, es regirà per la llei que regeixi la successió (art. 3 de la Proposició de llei).

La determinació de les normes de resolució dels conflictes de lleis interns i internacionals és competència exclusiva de l'Estat. Com també ho són les normes que tractin dels elements estructurals de les normes de conflicte, per la qual cosa estan prohibides, per tant, la redefinició, l'alteració o la manipulació¹³ dels punts de connexió per part del legislador autonòmic (sentències del Tribunal Constitucional 156/1993, del 6 de maig, i 226/1993, del 8 de juliol —«se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que llevan a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España»¹⁴).

La necessitat d'introduir la norma en qüestió en una llei autonòmica, sabent que la matèria de les normes de conflicte¹⁵ no és una competència autonòmica, es justifica amb la deslleialtat i la descoordinació que el legislador civil estatal té en aquesta matèria:¹⁶

Los legisladores autonómicos se han extralimitado en su competencia y (¿quizá porque?) el legislador estatal no ha ejercido la suya. Sin que sea fácil decantarse claramente por cuál de las dos irresponsabilidades resulta más grave, diría que la del legislador estatal causa mayor perturbación. [...] el ejercicio de su com-

dicció: només hi ha una *lex fori*, encara que sigui «plural». A: Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1 (2019), p. 21-79, esp. p. 49.

13. Vegeu Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 61: «[...] el régimen de vecindad civil no es competencia de los legisladores autonómicos y su utilización para delimitar el ámbito de aplicación de su derecho civil tampoco».

14. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 44-45 i 47.

15. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 42: «[...] la atribución de dicha competencia al Estado no solo significa que los legisladores autonómicos no puedan dictar normas de derecho interregional, sino que es una reserva que, al mismo tiempo, sustrae de la competencia autonómica la regulación de determinados supuestos: los supuestos de interregionalidad, por lo que dicha competencia queda reservada a los supuestos estrictamente homogéneos: aquéllos exclusivamente vinculados a la propia comunidad autónoma».

16. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 23-24, 65 i 78, esp. p. 65: «[...] la existencia de un real sistema de derecho interregional, de exclusiva competencia del legislador estatal, es un presupuesto ineludible para que los legisladores autonómicos, con competencia limitada, pero también exclusiva, sobre su derecho civil propio, sepan el verdadero alcance de sus decisiones legislativas».

petencia exclusiva es determinante del alcance de la normativa autonómica y no al revés.¹⁷

Los legisladores autonómicos no pueden decidir cuándo aplican su propio derecho a las situaciones jurídicamente heterogéneas. Y lo hacen. El legislador estatal no puede dejar de responder a las exigencias que el desarrollo de los derechos civiles autonómicos plantea. Y no responde.¹⁸

Així, aquesta situació caòtica¹⁹ força el legislador civil autonòmic a manifestar la seva preocupació amb aquest tipus de normes i necessita introduir-les per a recapitular sobre el joc d'aplicacions i normes de conflicte.

L'existència d'aquesta norma vendria salvada també dins la idea d'*interpretació conforme* (és a dir, interpretar una norma dins de la interpretació exigida pel Tribunal Constitucional): «[...] en la práctica de nuestro Tribunal Constitucional [...] menos habitual es la fiscalización de la normativa autonómica por vulnerar la competencia exclusiva del Estado sobre normas para la resolución de los conflictos de leyes».²⁰

2.2.1. Reflexió sobre l'obertura a la permeabilitat de l'aplicació entre illes

El legislador balear podria, des del punt de vista del dret civil de les Illes Balears, establir la regulació de supòsits d'interregionalitat estrictament homogenis, és a dir, vinculats exclusivament amb la seva pròpia comunitat autònoma,²¹ de manera que no només pot resoldre'ls (com fan els art. 53 i 84 de la Compilació), sinó que també pot establir-los. Per tant, podria establir els criteris d'aplicació, dins del veïnatge civil balear (o, fins i tot, la residència),²² a la comunitat autònoma, de manera que podria

17. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 62.

18. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 78.

19. Vegeu Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 52: «[...] ausencia de conciencia del legislador de que cuando modifica una norma estatal de DIPr está modificando también una norma de derecho interregional [...] la estrategia del legislador español ha sido esperar a que le hiciese el trabajo el legislador europeo y la incorporación de convenios internacionales».

20. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 60.

21. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 42: «[...] dicha competencia queda reservada a los supuestos estrictamente homogéneos: aquéllos exclusivamente vinculados a la propia comunidad autónoma».

22. Si es consideren les Illes Balears com a territori de residència habitual únic, a efectes civils, en lloc de seguir criteris administratius de municipi, padró, etc. De la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears del 14 de maig de 2021 es pot deduir aquesta possible flexibilitat en la regulació interna, interlocal o interinsular: «[...] resulta de aplicación el derecho civil de las Islas Baleares, y concretamente el aplicable en la isla de Mallorca». També es pot derivar dels art. 10 EAIIB quan parla de l'eficàcia territorial

oferir l'aplicació del dret civil de les Illes Balears als subjectes a aquest (aquí sí, la subjecció ve determinada per les normes de conflicte estatals), en funció de la submissió expressa (*professio iuris* interna) a un dret insular o a un altre, ja que la CAIB no té cap norma que imposi la dependència personal respecte d'una comarca ni d'una localitat (art. 15.4 CC —i, encara que fos així, avui en dia seria competència balear decidir-ho).²³

3. LA REGULACIÓ RELATIVA A LA SUCCESSION CONTRACTUAL DE LES ILLES DE MALLORCA I MENORCA

3.1. ALGUNS ASPECTES GENERALS

En les disposicions comunes (art. 5-10 de la Proposició de llei) dels pactes successoris típics de les illes de Mallorca i Menorca, es regulen qüestions com ara la capacitat necessària per a atorgar negocis de successió contractual.

3.1.1. *Sobre la capacitat negocial en la donació universal*

En la donació universal (art. 6 de la Proposició de llei), el donant ha de ser major d'edat i ha de tenir la capacitat per a contractar i la lliure disposició dels seus béns. A més, per al donant, la donació universal és un acte personalíssim, per la qual cosa no pot actuar mitjançant representació voluntària. Ara bé, el donant menor d'edat pot actuar per mitjà d'una representació legal amb l'autorització judicial preceptiva.

Per tant, s'han exigit els requisits màxims per a ésser donant.

Sabent que l'exigència de majoria d'edat no aporta res a la resta de requisits de capacitat, s'ha establert dita exigència pel desig de fer major èmfasi a impedir al màxim qualsevol capacitat a favor dels menors. A més, l'exigència de majoria d'edat no exclou la capacitat per a actuar dels menors emancipats perquè estan equiparats legalment amb la majoria d'edat (art. 247 CC: «[...] para regir su persona y bienes como si fuera mayor»).

única del «dret civil de la Comunitat Autònoma» i 9.3 EAIB quan parla de la subjecció al dret civil de les Illes Balears, en conjunt, dels estrangers nacionalitzats que «tenguin veïnatge en qualsevol dels municipis de les Illes Balears». De manera que la competència balear per a regular conflictes de lleis (regles sobre el dret civil aplicable) sense elements d'interregionalitat o internacionalitat està fonamentada jurídicament.

23. Segons Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Cuarenta años de pluralismo civil en España», p. 47, els legisladors autonòmics són competents per a «resolver los conflictos de leyes meramente internos a la correspondiente comunidad autónoma: conflictos interlocales, interterritoriales internos, o interinsulares».

Així, la capacitat per a contractar és, per tant, la genèrica: l'adquirida amb la majoria d'edat, quan hi ha inexistència d'una mesura de suport amb una incidència especial en la seva esfera negocial. Ara bé, sumada aquesta capacitat a la configuració que es fa de l'atorgament com a «acte personalíssim» (des d'un personalisme en sentit formal, o sigui, de presència real del donant) o *intuitu personae*, es pretén excloure també la possibilitat d'actuar mitjançant representació legal.

L'exclusió de la possibilitat d'actuar per mitjà d'una representació legal no impedeix la realització d'aquest negoci per part de persones majors d'edat amb discapacitat, amb les mesures de suport que escaiguin i que ho permetin. Tampoc no exclou la possibilitat d'actuar amb els consentiments requerits del menor emancipat, atès que no està sotmès a figures de representació legal *stricto sensu* (art. 7.2 LEC).

En el cas del menor d'edat, s'ha volgut que l'exclusió de la possibilitat d'actuar simplement mitjançant representació legal sigui clara²⁴ i s'ha debatut sobre la imposició de la prohibició d'obtenir autorització judicial des de la configuració de l'acte com a personalíssim en sentit material; per tant, prenent en consideració l'aspecte subjectiu de l'*animus donandi*, com a impossibilitat que la voluntat sigui formada i declarada per un representant.

A més, la prohibició de sol·licitar autorització judicial, per part dels representants legals del menor, ens acosta més al negoci de la donació que al negoci *sui generis* de doble títol de la donació universal. En aquest sentit, la posició majoritària en el Consell Assessor era favorable a la perspectiva de la donació universal com a acte *mortis causa, sui generis* i genuí del dret mallorquí i menorquí, del qual no quedin exclosos perquè sí els menors d'edat, sinó que, des de la presa en consideració que la capacitat activa general per als actes *mortis causa* és l'edat de catorze anys, sumada al fet de la progressiva major autodeterminació del menor en relació amb la gestió de la malaltia i la mort, puguin obrir una altra regulació de la capacitat que no prengui com a paradigma la capacitat contractual, sinó la llibertat dispositiva *mortis causa* com a dret fonamental a la llibertat. Així, no s'exclou *ex lege* la possibilitat d'autorització judicial a partir dels catorze o dels setze anys, sense necessitat d'emancipació, quan es doni una causa de necessitat d'atorgament d'una donació universal, com pot ser la proximitat de la mort, i es constati l'existència de l'*animus donandi*, de la intenció lliberal del menor en qüestió, de manera anàloga a com es constata el consentiment informat en l'exercici de drets relatius a la salut i a la gestió del dolor i de la mort.

24. Per tal d'excloure posicions doctrinals favorables a la possibilitat de representació legal del menor per a poder fer donacions, amb l'argument d'entendre l'expressió «enajenar» de l'art. 166.1 CC («[...] sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal») en sentit ampli i fent analogia amb l'actuació del tutor de l'art. 271.9 CC (ara curador, art. 287.3 CC), argumentant que no té sentit que es prohibeixi als pares allò que el Codi civil permet a un tutor.

Finalment, es deixa la possibilitat d'actuar amb autorització judicial considerant el cas concret i l'interès del menor. És a dir, l'autorització la donarà el jutge després de considerar cada cas concret i allò que millor escaigui al menor d'acord amb el dret reconegut en l'article 24 CE «a obtenir la tutela efectiva dels jutges i dels tribunals en l'exercici dels seus drets i interessos legítims, sense que, en cap cas, pugui haver-hi indefensió».

Pel que fa a l'exigència de la lliure disposició o alienació dels béns, fa referència a l'eficàcia de la donació universal, de manera que concreta la *capacitat d'obrar* genèrica a requerir ser titular del bé que es dona i es transmet, que aquest sigui legalment disponible i que no estigui afectat per una prohibició de disposar.

Connectant-ho amb la *capacitat d'obrar* com a requisit general, l'exigència de lliure disposició dels béns pot usar-se per a excloure els menors emancipats. En tot cas, però, només amb referència als actes fixats en l'article 323 CC (actual art. 247 CC), i, així, es pot suplir amb els consentiments requerits.

L'exigència de lliure disposició dels béns també fa referència, per tant, al fet que el donant no es trobi sotmès a una prohibició de disposar, legal (art. 26.2 de la Llei hipotecària [LH]) o convencional (amb efectes reals —art. 26.3 LH—), no salvable.

Certament, la vessant de la «lliure disposició dels béns» referent al fet que el bé sigui legalment disponible podria entrar en contradicció amb la mateixa figura i amb la seva vocació d'universalitat, ja que mai no es té poder de disposició sobre els béns futurs, els quals són, doncs, sempre indisponibles. Ara bé, això quedaria salvat pel doble títol de la figura, el títol successori, ja que els béns que són futurs en el moment de la donació, en tot cas només es podran adquirir pel títol d'hereu, un cop verificada la seva existència i disponibilitat (perquè no han estat assignats a ningú més).

Finalment, l'exclusió de la possibilitat d'actuar per mitjà d'una representació voluntària es fa en consideració a la vessant d'acte *mortis causa* de la donació universal, en el sentit que el nomenament d'hereu té la naturalesa d'acte personalíssim en sentit formal, de presència real (no d'insuficiència o inexistència de capacitat), i no pot ser fet per una tercera persona. Certament, des de la vessant de negoci paccionat o contractual, es romp la regla general d'admissió d'un poder exprés i especial («expressant la voluntat liberal del donant en quant a l'objecte i als beneficiaris») per a poder donar.

Pel que fa al donatari universal (art. 7 de la Proposició de llei), els requisits de capacitat es limiten a la formulació genèrica de tenir la capacitat per a contractar, la qual cosa es produeix automàticament quan es tenen divuit anys, sempre que no s'estigui afectat per mesures de suport amb incidència en l'esfera negocial; així, la manca de capacitat per a contractar pot suplir-la el donatari mitjançant una representació legal o la pàtria potestat, que no necessiten autorització judicial, excepte en cas que la donació vagi acompanyada de càrregues.

Ara bé, en aquests casos l'acceptació de la donació es produeix imperativament «a benefici d'inventari», i si el negoci celebrat comporta prestacions personals o càrregues, es requereix el consentiment exprés del donatari capaç major de setze anys o

l'autorització judicial, si és menor d'aquesta edat. El recurs al benefici d'inventari només evita comprometre el propi patrimoni; per tant, evita la necessitat d'autorització judicial encara que sigui una atribució que inclogui deutes pendents, però no evita la necessitat de ponderar les càrregues i per això s'exigeix aquest complement de capacitat, l'autorització judicial, per a la intervenció dels representants legals.

Com a donatari universal, el menor emancipat pot actuar personalment, sense el complement de capacitat que l'article 247 CC exigeix per a determinats actes, fins i tot quan se li imposi l'obligació de complir determinades càrregues, llevat que es tracti de satisfer les llegendes dels legitimaris del donant si compromet, amb això, el seu propi patrimoni. Per això, s'ha considerat (art. 7 de la Proposició de llei) que era millor exigir també la lliure disposició dels béns, ja que el menor emancipat no té llibertat total.

3.1.2. *Sobre la capacitat negocial en el pacte de definició*

El pacte de definició té una naturalesa jurídica *intuitu personae*, ja que es fonamenta en la relació legitimària, però no es configura com un acte de formació personalíssima en sentit material, perquè no respon només a l'*animus donandi*, sinó que considera una relació d'essència commutativa, més que no pas simplement liberal o lucrativa: la donació o atribució es fa en compliment d'un deure jurídic i moral, el pagament d'una llegítima expectant. Per això es preveu que es pugui suplir la manca de *capacitat* (art. 8 de la Proposició de llei).

Al donant, se li exigeix *capacitat d'obrar* i la lliure disposició dels béns. La mateixa capacitat s'exigeix per a ser donatari. Però el menor emancipat pot actuar per si sol en qualitat de donatari.

En conseqüència, el donatari, fora de les situacions generals, pot:

— Ser menor d'edat emancipat i atorgar la definició personalment, sense precisar el complement de capacitat de l'article 247 CC. No obstant això, s'exigeix una cautela específica: que l'altre progenitor l'assisteixi en l'atorgament en defensa dels seus interessos.

— Ser menor d'edat però major de setze anys, cas en el qual poden atorgar el pacte de definició en nom d'ell els seus representants legals, amb el consentiment exprés del menor, però sense necessitat de sol·licitar autorització judicial. S'ha considerat oportú introduir l'exigència del consentiment de l'altre progenitor perquè, en aquest supòsit, ja no és aplicable el requisit de l'autorització judicial, com estableix el paràgraf tercer de l'article 166 CC.

— Ser menor de setze anys, cas en el qual poden atorgar el pacte de definició els seus representants legals, amb l'autorització judicial corresponent.

— Tenir discapacitat i mesures de suport (art. 269 i seg. CC), cas en el qual caldrà seguir els termes d'aquestes; i, a falta de previsió, s'ha considerat que pot atorgar el

pacte de definició el representant legal o curador del discapacitat, també amb l'autorització judicial corresponent.

3.1.3. *El rerefons de les opcions legislatives en matèria de capacitat dels menors d'edat i les persones amb discapacitat*

La gran aportació de la Convenció sobre els drets de l'infant (art. 3 i 12), del 1989, ha estat:

[...] reflejar el cambio de paradigma respecto del niño para que dejara de ser considerado un objeto de protección y fuera considerado un sujeto de derecho, un ciudadano pleno con sus derechos y obligaciones. De esta manera no se trata, ya, de proteger la infancia y la adolescencia, sino de garantizar los derechos de la infancia y de la adolescencia.²⁵

A partir d'aquí, en l'àmbit de les situacions jurídiques no patrimonials ja ha estat sostinguda de manera autoritzada la necessitat de superar la dicotomia entre capacitat jurídica (la titularitat de la situació jurídica) i *capacitat d'obrar* (l'aspecte dinàmic de l'exercici del dret), des de la consideració que privar el titular d'un dret de la possibilitat d'exercitar-lo equival, de fet, a buidar-lo de contingut. Ara s'avança cap al fet que aquestes consideracions, amb les adaptacions degudes, poden també ser utilitzades per tot el que concerneix a les situacions jurídiques patrimonials.

Podem reconèixer que a Espanya la concepció de la família ha evolucionat, atès que la seva funció primordial ja no és la conservació de l'ordre social, sinó el desenvolupament de la personalitat dels seus components, majors o menors d'edat. Amb l'evolució de la família, evolucionen els negocis familiars de caire patrimonial. Per tant, cal valorar tota aquesta qüestió des del punt de vista que potenciar una orientació normativa que situa en primer pla la protecció estàtica del menor a través de la conservació del seu patrimoni, no és el més respectuós amb la dignitat del menor. Per contra, en tota matèria, i ara és un bon moment, l'evolució de la visió dinàmica del menor, també en l'exercici de drets patrimonials, pot iniciar, per part dels òrgans competents, una nova aproximació a la matèria civil, com la successòria, dirigida a fomentar el desenvolupament complet de la personalitat dels membres de la família.

Així, el criteri de discriminació hauria de ser, més que no pas el de la naturalesa de l'acte d'autonomia —i, en conseqüència, la seva major o menor rellevància des del

25. Javier CARDONA, «Prólogo», a Clara MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters Aranzadi, 2016, p. 41.

punt de vista econòmic—, l'interès que a través de l'acte es pretén realitzar, de manera que si aquest interès és mereixedor de protecció i pot ser enquadrat entre els actes que, conclosos, permeten desenvolupar correctament la personalitat del subjecte, l'acte negocial respectiu, encara que sigui celebrat per un menor, hauria de ser considerat vàlid. Així, s'hauria de reconèixer al menor la titularitat de les posicions jurídiques patrimonials que són idònies per al desenvolupament de la seva personalitat (art. 2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor) i la possibilitat d'exercir les facultats corresponents (aspectes estàtic i dinàmic).

Si es col·loca el principi personalista en el centre de l'ordenament jurídic amb valor axiològic, s'haurà de fomentar la possibilitat que un menor, fins i tot perdent diners, pugui actuar en els seus propis interessos, per tal que aquests siguin legítims i mereixedors de protecció per raó de l'edat del menor. Si no, serà oportuna l'aplicació de la sanció prevista pel Codi civil, per tal d'invalidar un contracte que no depèn del desenvolupament de la personalitat del menor.

Per tant, un excés de tutela «estàtica», que valori al màxim la protecció del menor des de la perspectiva purament patrimonial, és avui anacrònica i poc idònia per a potenciar el seu creixement personal. En canvi, hauria de privilegiar-se una tutela «dinàmica» del menor, que, d'una banda, protegiria el seu patrimoni respecte de la possible celebració de contractes estranys als seus propis interessos, però, de l'altra, li permetria manifestar externament les seves necessitats i satisfer-les, si té la possibilitat econòmica de fer-ho, a través de la conclusió de contractes vàlids.

Per això és necessari que tingui lloc un reconeixement normatiu del que freqüentment s'esdevé en la realitat i, en conseqüència, que els menors puguin expressar la seva pròpia voluntat en la conclusió de negocis que els afectin en primera persona i, a través d'aquests, puguin manifestar les peculiaritats de la pròpia personalitat i intentar desenvolupar-la.

En relació amb les situacions personals de discapacitat, el Reial decret legislatiu 1/2013, del 29 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, assenyala en l'article 2 què s'entén per *discriminació indirecta*:

Hi ha discriminació indirecta quan una disposició legal o reglamentària, una clàusula convencional o contractual, un pacte individual, una decisió unilateral o un criteri o una pràctica, o bé un entorn, producte o servei, aparentment neutres, puguin ocasionar un desavantatge particular a una persona respecte d'altres per motiu o per raó de discapacitat, sempre que objectivament no responguin a una finalitat legítima i que els mitjans per a la consecució d'aquesta finalitat no siguin adequats i necessaris.

També ens ajuda a visualitzar el que ara volem, el recurs a la *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (art. 1256),²⁶ de caire doctrinal, que preveu, en contra del que s'ha assenyalat com a doctrina majoritària, que ni l'oferta ni l'acceptació perden la seva eficàcia per la incapacitat sobrevinguda d'una de les parts, ni tampoc per l'extinció de les facultats representatives de qui les va fer, llevat dels casos en què resulti el contrari de la naturalesa del negoci o d'altres circumstàncies.

Amb tot això, el que ara volem plantejar és si certs tipus de discapacitat (sobrevinguda) del donatari, en els negocis universals de pacte successori, i la seva no afectació de l'eficàcia del negoci (art. 29 de la Proposició de llei, sobre les causes generals de revocació) poden veure's, en el marc dels pactes successors, com un supòsit de desavantatge (amb la inspiració del Reial decret legislatiu 1/2013), i si aquest supòsit es podria incloure²⁷ de manera convencional com a element d'ineficàcia sobrevinguda, ateses les circumstàncies i el context familiar del pacte successori.

3.2. Trets rellevants de la modernització de la figura de la donació universal de béns presents i futurs

3.2.1. Concepte

La donació universal de béns presents i futurs és una modalitat de negoci jurídic successori, de caràcter lucratiu, que confereix al donatari la qualitat d'hereu contractual del donant i li transmet els béns presents inclosos dins la donació (art. 11 de la Proposició de llei).

La donació universal revoca tots els testaments i codicils anteriors del donant, sempre que aquest no manifesti la seva voluntat que aquells subsisteixin, del tot o en part, i que la dita subsistència no vulneri els principis successors propis (art. 16 de la Proposició de llei), de manera que la subsistència no pot donar lloc a una ruptura de la unitat del títol successori.

Aquesta figura té una naturalesa jurídica híbrida, *sui generis*, perquè es nodreix de les característiques pròpies dels negocis jurídics contractuals, de tipus *animus donandi*, i de les dels negocis jurídics successors.

26. *Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, <www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Año_2009.PDF> (consulta: 30 agost 2022).

27. Per exemple, a partir de l'art. 29 de la llei projectada: «El donant també pot revocar unilateralment la donació universal: [...] 6è. Per una altra causa lícita prevista en la donació universal».

La donació universal és, així mateix, un negoci jurídic a títol lucratiu, d'*animus donandi*, perquè el que predomina en aquest pacte i configura la seva causa és l'ànim de liberalitat del donant, el patrimoni del qual s'empobreix, amb el correlatiu i imprescindible increment del patrimoni del donatari a títol lucratiu. Per això, tant el fet del necessari enriquiment o lucre que s'exigeix (la qual cosa no és necessària en la categoria genèrica del negoci gratuït), com el fet que puguin existir càrregues imposades al donatari, o que aquest, a la mort del donant, adquireixi tant l'actiu com el passiu del seu cabal relict, fan que la donació universal no pugui considerar-se com un negoci jurídic purament gratuït. Tampoc no pot considerar-se onerós, en el sentit de commutatiu (amb equivalència de contraprestacions), però sí en el sentit de bilateral o sinal·lagmàtic.

La qualificació del negoci com a sinal·lagmàtic i lucratiu serà important per a protegir els drets dels creditors del donant, per tal de qualificar la presumpció de frau (art. 19 de la Proposició de llei); així com per a justificar la reversió o el retorn dels béns donats al patrimoni del donant per premoriència, sense descendència, del donatari (art. 21 de la Proposició de llei). Això també s'observa de manera destacada en relació amb les normes interpretatives (art. 9 de la Proposició de llei).

3.2.1.1. La naturalesa híbrida de la donació universal en les regles interpretatives

En la Proposició de llei es regulen algunes regles interpretatives consubstancials i necessàries en aquest tipus de negoci perquè no oblidem que ens podem trobar amb conflictes d'interessos en la fase de vigència *inter vivos* del negoci de la donació universal. Per tant, a diferència de la interpretació dels actes testamentaris, on és difícil un conflicte entre causant i hereus, en la donació universal sí que pot ser necessari resoldre un conflicte d'interessos entre les parts de la relació —donant i donatari, principalment—. Així, s'ha regulat:

a) El principi *favor negotium* per a donar preferència sempre a la interpretació tendent a mantenir la validesa del pacte, des d'un punt de vista formal (en relació amb aquest principi, s'ha introduït, per exemple, el requisit de l'hora en l'atorgament del pacte i les conseqüències de la seva omissió) i material (es potencien les facultats dispositives del donant respecte a tota mena de béns i se l'autoritza per a modificar, per si sol, totes les disposicions, de caràcter més hereditari que no pas contractual, realitzades a favor de persones diferents del donatari, especialment a conseqüència d'un canvi en les relacions personals entre ells).

Aquesta regla també té un sentit anàleg al *favor testamentii* (*favor pactum*), ja que tota disposició successòria (testamentària o voluntària) ha de ser interpretada de la manera més adequada per tal de produir efectes jurídics.

b) El principi *pro donatore* en les relacions entre donant i donatari, ja que es considera que qui s'empobreix i transmet els béns amb un ànim de liberalitat, ha de tenir l'interès més digne de protecció. Per a acostar-ho a idees conegudes, representa la finalitat contrària al *contra stipulatorem* com a criteri interpretatiu genèric dels negocis onerosos (art. 1288 CC) i una adaptació successòria d'una altra regla interpretativa genèrica que, a diferència de l'article 1289 CC —«[...] y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses»—, no és, en aquesta llei, una regla de tancament o residual, sinó una regla central en la interpretació de la donació universal: la menor gratuïtat de la donació o el menor lucre per al donatari quan hi hagi dubtes en general o en relació amb la intenció comuna de les parts.

Així mateix, aquest principi també permet sostenir la preferència de les facultats del donant per tal d'interpretar el sentit i la voluntat expressada en el negoci successori.

c) El principi *favor donatarium* en les relacions que, originades, vinculades o relacionades amb el pacte successori, s'estableixen entre el donatari i terceres persones. En aquests tipus de conflictes interpretatius s'ha regulat la regla anàloga que la interpretació del testament correspon als hereus (perquè ho són *in locus et in ius*); per tant, a excepció de conflicte amb el donant, encara no causant, la interpretació de la donació universal correspon al donatari (i, en darrer terme, òbviament, a l'autoritat judicial). Així, el donatari té a favor seu la presumpció interpretativa que qui es troba obligat a executar disposicions successòries o que emergeixen d'una donació universal, s'entén obligat a la menor gravetat de les interpretacions possibles i, per tant, en favor del seu major lucre, al manteniment de la major gratuïtat de la seva posició i, doncs, de la menor commutativitat (la menor amplitud de càrregues, limitacions, etc., a favor de terceres persones).

Des d'aquest punt de vista, la Proposició de llei fa predominar el caràcter lucratiu de la donació universal enfront del commutatiu, remuneratori, *pseudoonerós*, que es pugui interpretar a partir de l'existència de càrregues, obligacions, limitacions, etc., a càrrec del donatari universal, de manera que la regla genèrica d'interpretació dels negocis onerosos (art. 1289 CC —«[...] la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses»—) no pot tenir entrada.

3.2.1.2. En particular, la problemàtica de «l'atribució de la qualitat d'hereu»

Respecte a la característica d'atribució de la qualitat d'hereu contractual del donant, que adquireix el donatari, de manera irrevocable, des del moment mateix de l'atorgament de la donació universal, cal explicar que no és que el donatari sigui hereu abans de la mort del donant, sinó que aquest, per si sol i llevat que concorrin determinades causes tipificades, no pot revocar la donació universal.

Per tant, l'essència d'aquesta característica no està en el moment en què l'hereu ho és, sinó en la no revocabilitat d'aquesta institució. El donatari no és hereu fins a la defunció del causant, però com que la qualitat d'hereu projectada no pot ser revocada per la sola voluntat del donant causant, dita qualitat s'integra en el patrimoni del donatari. Així, el reconeixement d'aquesta situació com a irrevocable s'observa:

a) En la regla legal (art. 20 de la Proposició de llei) que si el donatari premort al donant, aquell transmet la seva qualitat d'hereu als seus propis hereus com un dret propi que forma part del seu patrimoni.

Es planteja, però, la qüestió de si els hereus del donatari premort, després d'acceptar l'herència d'aquest, poden renunciar a heretar la qualitat d'hereu contractual del donant universal. S'ha considerat que aquesta renúncia és possible entenent que, d'acord amb la idea d'*intuitu personae*, la no sobrevivència del donatari universal al donant comporta una ruptura en la successió o seqüència de continuadors de la personalitat del donant, i, per tal que sigui represa, cal l'actuació dels hereus del donatari universal premort, és a dir, que acceptin o repudïn la qualitat d'hereu contractual.

Per tal de fer això possible, s'entén que hi ha dos *ius delationis* expressos (en el sentit del dret de transmissió de l'art. 1006 CC), de manera que aquesta elecció, en un sentit o en l'altre, ha de fer-se en el moment de l'acceptació de l'herència del donatari. Per això el donant té la facultat d'interpel·lar aquests hereus en els termes de l'article 1005 CC.

En cas d'acceptar, els hereus del donatari universal premort seran hereus contractuals del donant i rebran els béns hereditaris directament d'aquest (art. 23 de la Proposició de llei: benefici d'inventari i dret de deliberar). En canvi, en cas de renúncia dels hereus del donatari universal a l'herència del donant, els béns d'aquest seguiran l'itinerari fixat per ell en les seves disposicions *mortis causa*.

b) En la regla de l'article 16 de la Proposició de llei, ja que, en el cas que en un testament posterior es nomeni un hereu, el cridat com a tal tindrà el caràcter d'instituit en una cosa certa i determinada, amb la consideració que li correspongui d'acord amb l'article 15 de la Compilació.

En primer lloc, la forma de testament desvestit d'hereu s'admet perquè no és estranya al dret successori propi, ja que en la Compilació s'admet la figura de l'hereu usufructuari (art. 15 de la Compilació: «[...] s'equipara a l'instituit en cosa certa») perquè, com en aquest cas, la compatibilitat amb el testament sense hereu, posterior o anterior subsistent, és necessària per a donar compliment formal al principi d'unitat del títol universal i per a no contraposar successions. No vulnera el principi de necessitat d'hereu, ni el d'universalitat d'hereu, perquè aquest ja existeix, amb la seva virtualitat expansiva.

En aquest cas, si s'utilitzés el *nomen* d'hereu (per formalitat testamentària), per la incompatibilitat de títols universals (donació universal i testament) s'hauria de tenir en compte l'atribució feta, i no el *nomen*, la qual necessàriament serà només a

títol particular o *ex re certa* (recordem que no es pot defraudar la universalitat), i tant per aplicació dels principis successoris (art. 14 de la Compilació, en sentit contrari: «[...] encara que s'utilitzi la paraula hereu, si la disposició del testador no pot atribuir aquesta qualitat, valdrà com a feta a títol particular») com per aplicació de la regla de l'article 15 de la Compilació, el *nomen* d'hereu i l'atribució *ex re certa* implicaran l'ordenació d'un llegat («[...] quan concorren amb l'hereu o els hereus instituïts sense aquesta assignació» [concurrència que es produeix amb l'hereu contractual, ja que la Compilació no exigeix que la concurrència es doni dins del mateix instrument successor]).

En segon lloc, hem de tenir en compte que, com que és possible la institució d'hereus *ex re certa* per part del donant, el donatari ha de tenir algun mecanisme per a salvaguardar el frau de les seves expectatives legítimes i no tenir un mer caràcter de liquidador del romanent. Així, la figura de la quarta falcidia (art. 23 de la Proposició de llei) té la intenció renovada d'afavorir la posició universal del donatari universal, cosa que fa reconeixent-li un mínim que ha de rebre davant les possibles disposicions del romanent, per tal de no reduir-lo, com hem dit, a ser un gestor o liquidador del patrimoni hereditari defraudant-li, al manco moralment, el caràcter universal del seu nomenament.

Finalment, ocorre que si la donació universal o el caràcter d'hereu contractual del donatari quedés sense eficàcia, l'hereu *ex re certa* «[...] no concorreria amb cap hereu universal» (art. 15.1 de la Compilació, en sentit contrari) i seria universal en tot aquest romanent («[...] quant a la resta»).

En definitiva, la plenitud de la successió contractual, com a modalitat genuïna de successió voluntària, necessita la compatibilitat formal (no material o substantiva, és a dir, com a títols universals contraposats o complementaris) amb el testament, també perquè en cas contrari es faria inservible la successió paccionada si en un testament posterior no es pogués, per exemple, desheretar un legitimari, o nomenar un substitut vulgar, o modificar o suprimir un altre nomenament, a part de poder-se fer llegats de béns concrets o, si escau, de part del patrimoni.

Així, és necessària l'adaptació de la testamentificació activa (no regulada en la Compilació, sinó en el Codi civil) a les peculiaritats del dret civil de les Illes Balears per a donar plenitud al dret successori material possible.

3.2.2. *Panoràmica de les possibilitats d'estructuració voluntària del negoci: subjecte i objecte*

Pel que fa a les diferents estructures, si focalitzem la figura en els subjectes intervinents, el disposador o donant ha de ser sempre un únic subjecte, mentre que en la posició d'instituït pot haver-hi una pluralitat de subjectes, que poden ser instituïts de manera simultània o successiva (art. 12 de la Proposició de llei).

Els efectes de l'existència d'una pluralitat de donataris s'observen en les diferents vicissituds que pot patir el negoci. Així, en els articles 25 («Mutu dissentiment»: «Quan siguin diversos els donataris, el dissentiment podrà acordar-se respecte de tots ells o només d'algun o alguns d'ells»), 34 («Successió processal») i 36 («Revocació de la qualitat d'hereu»: «La revocació deixa sense efectes la institució d'hereu feta a favor del donatari, que subsistirà respecte dels altres instituïts simultàniament o successivament, si n'hi ha») de la Proposició de llei.

En cas que els diferents donataris instituïts ho siguin de manera simultània, correspon al donant determinar la forma en què rebran els béns de present i es beneficiaran de l'acreciment, si escau (art. 24.2 de la Compilació: «[...] el dret d'acréixer es regirà pels preceptes del Codi civil»), o, subsidiàriament (art. 24.3 de la Compilació: «Les quotes hereditàries vacants per la no actuació del dret d'acréixer [...]»), de la incrementació forçosa de la seva quota (en els termes de l'article 24.3 de la Compilació: «[...] incrementaran, necessàriament i proporcionalment, les dels altres hereus instituïts que arribin a ser-ho efectivament, amb subsistència dels llegats i les càrregues que no siguin personalíssimes»).

Si els donataris instituïts són cridats successivament, l'un després de l'altre, de manera que cada un d'ells adquireix els seus drets a la mort de l'anterior, cal considerar que es tracta d'una substitució fideïcomissària i han de regir també les regles i limitacions d'aquesta. Així, el donatari universal tindrà dret a detraure la quarta trebel·liànica (art. 29 i 40 de la Compilació), però sense tenir l'obligació de restituir els béns adquirits en el moment d'atorgar-se la donació, sinó només els que hagi adquirit en el moment de la mort del donant; per tant, els donataris successius només ho són en qualitat d'hereus del donant. Aquestes regles es condicionen a la no existència de pacte en contra. Si n'hi hagués un i imposés l'obligació del donatari de fer trànsit també dels béns adquirits de present, s'haurà de decidir si es tracta d'una autèntica substitució fideïcomissària o d'un pacte de reversió a terceres persones per aplicació supletòria (a manca de regulació pròpia sobre el contracte de donació) de l'article 641 CC.

Els donataris successius han de tenir la capacitat successòria en el moment de l'adquisició respectiva i els són aplicables les possibilitats de fer ús del benefici d'inventari i del dret de deliberar (art. 23 de la Proposició de llei). Així, el Consell ha optat per la possibilitat que aquests donataris successius o fideïcomissaris puguin renunciar a la delació, ja que no els afecta cap prohibició de no fer-ho, especialment si no van intervenir en l'atorgament de la donació. Així mateix, es poden veure afectats per la revocació unilateral del donant.

Tot això pot donar lloc a plantejar si és possible que, en consideració a la vessant de planificació certa i irrevocable de la successió que té per al donant la donació universal, aquests donataris successius fideïcomissaris intervinguin en l'atorgament acceptant la seva qualitat d'hereu contractual. En aquest cas, la regla general ha de ser la impossibilitat de renunciar a la qualitat d'hereu després, en el moment de la seva delació, sempre que la delació a aquests donataris successius es faci en vida del

donant. En conseqüència, únicament es considera que han acceptat, sense possibilitat de renunciar, els donataris successius que intervenen en el moment de l'atorgament de la donació universal i que han rebut la delació perquè el donatari fiduciari o instituit en primer lloc premor al donant i, per tant, la delació i acceptació del donatari fideïcomissari es produeix mentre viu el donant.

Aquesta solució combina la vessant de planificació certa i irrevocable de la successió que té la donació universal per al donant, amb la necessitat d'evitar que es produeixi una aleatorietat excessiva en la posició jurídica dels donataris fideïcomissaris i una imprevisibilitat ingestionable en el desenvolupament de l'*iter* successori clàssic.

De tota manera, la conversió de delació en acceptació o l'eclipsi total i definitiu d'aquests dos processos només pot produir-se quan la successió en la institució contractual d'hereu es pensa com una vinculació de patrimoni (quan la intenció del donant és simplement vincular el patrimoni el màxim que permet la llei), i no com una genuïna substitució fideïcomissària mallorquina. Per tant, no es pot entendre, malgrat la intervenció en l'atorgament, que els donataris ja han adquirit la condició contractual d'hereu i, per això, no poden renunciar a la delació —perquè aquesta ha quedat eclipsada dins l'acceptació— si aquesta està condicionada —com en l'esquema clàssic de la substitució fideïcomissària de la Compilació— al compliment d'una condició.

Pel que fa a les diferents possibilitats d'estructurar el negoci en funció de l'objecte, distingim entre el contingut essencial de la donació universal, que comprèn la transmissió de béns de present i la institució d'hereu contractual, i el contingut accidental (art. 14 de la Proposició de llei), que admet un ampli ventall de disposicions.

En relació amb el contingut essencial, parlem de «tipus» (art. 13 de la Proposició de llei). Així, quan la donació universal és efectiva de present, la transmissió dels béns inclosos en la donació es fa amb totes les facultats que enclou la titularitat dominical i sense introduir cap supòsit d'ajornament. Per contra, en la donació efectiva amb la mort del donant, aquest es reserva l'usdefruit vitalici per a ell mateix o també, de manera successiva, a favor d'una altra persona. En aquest cas, el donatari universal únicament adquireix la nua propietat dels béns presents i consolidarà el ple domini quan sigui procedent.

3.2.2.1. Facultats dispositives del donant

Passarem ara a tractar les categories de béns que s'inclouen en la donació universal (art. 13 i 15 de la Proposició de llei).

a) Béns presents. Reserves i revocació

S'entén per béns presents els que es transmeten al donatari en el moment de l'atorgament de la donació.

Els béns presents inclosos en la donació passen a ser titularitat del donatari, en ple domini o en nua propietat, des del moment mateix de l'atorgament de la donació universal. No obstant això, s'admet la facultat del donant de reservar-se la possibilitat de disposar d'alguns d'ells, ja sigui per a cobrir les seves necessitats, ja sigui per a satisfer les llegendimes dels seus legitimaris, o fins i tot per a disposar-los a favor de terceres persones.

El donatari, en vida del donant, tot i que té la qualitat irrevocable de ser el seu hereu contractual, no es converteix en responsable dels deutes del donant (art. 19 de la Proposició de llei), ni tan sols amb els béns rebuts en el moment de la donació. Els creditors hereditaris no tenen acció per a cobrar directament sobre els béns de present que hagi rebut el donatari; ara bé, si consideren que amb la transmissió foren perjudicats en el seu dret, poden exercitar, fins i tot en vida del donant, les accions tendents a protegir-lo (art. 1111 i 1291 CC, per a impugnar els actes que el donant hagi realitzat en frau del seu dret). Per això s'ha remès aquesta qüestió a la supletorietat del Codi civil, dins dels termes fixats en l'article 1 de la Compilació balear i d'acord amb el joc de competència de la legislació civil (art. 30.27 EAIB i 149.1.8 CE).

Tanmateix, pel caràcter lucratiu d'aquesta modalitat de pacte successori i malgrat que hi hagi càrregues per al donatari, els creditors del donant s'han de veure afavorits per la presumpció de frau dels seus drets.

En relació amb la disposició dels béns donats que s'hagi reservat el donant, no pot perjudicar els interessos del donatari. En definitiva, no es pot atemptar contra el caràcter universal i lucratiu de la donació. Per tant, es pot presumir que hi ha frau contra el caràcter universal de la donació quan el valor de tot allò adquirit pel donatari, en vida i a la mort del donant, sigui substancialment inferior al valor de les càrregues que se li haguessin imposat, de manera que ni tan sols arribi a cobrir un valor equivalent al de la quarta falcídia.

En aquest cas, s'ha optat per concedir una acció de rescissió al donatari, en un termini d'un any a comptar de la defunció del donant, per a impugnar aquestes disposicions objectivament (és a dir, des del punt de vista del valor patrimonial) fraudulentos i/o subjectivament contràries a l'*animus donandi*, de manera que també poden ser reveladores d'una causa falsa en la donació universal.

Les facultats dispositives del donant per actes *mortis causa*, mitjançant un testament o codicil posterior a la donació universal, inclouen les revocatòries de les disposicions realitzades a favor de terceres persones; per tant, no revestides del mateix caràcter d'irrevocabilitat. Així, atès que el donant pot reservar-se la facultat de disposar de determinats béns, també pot atorgar unilateralment determinades disposicions, renunciabls o revocabls (o susceptibles de dissentiment) en consideració al seu caràcter *intuitu personae*, per analogia a la lliure mutabilitat de la voluntat *mortis causa*. Es tracta de disposicions hereditàries (art. 18 de la Proposició de llei), més que no pas contractuals, que afecten terceres persones, de manera que no es pot limitar al donant la facultat modificativa d'aquelles sense atemptar contra la seva llibertat dispositiva *mortis causa* emparada en la llibertat civil.

A títol d'exemple, la Llei proposada (art. 17 de la Proposició de llei) es refereix a la facultat del donant de revocar el nomenament d'un usdefruit que es va autoreservar en constituir-se la donació, perquè considera que s'han modificat les circumstàncies que van comportar la seva designació. En realitat, és la renúncia legítima a la titularitat d'un dret real. En aquesta línia, s'admeten també diversos supòsits específics de revocabilitat de la reserva d'un usdefruit successiu per la sola intervenció del donant constituent, i es distingeixen dos casos segons si la reserva s'ha fet a favor del cònjuge o de la parella en una relació afectiva anàloga (cas en el qual l'exercici de la facultat de revocar aquest usdefruit exigeix el consentiment del cònjuge o la parella), o bé s'ha fet a favor d'una tercera persona.

Finalment, en relació amb els béns presents també es regulen els efectes de la revocació de la donació universal (art. 35 de la Proposició de llei).

La conseqüència de la revocació és retrotraure les coses a l'estat anterior a l'atorgament de la donació. Així, un efecte és la restitució al patrimoni del donant dels béns que aquest hagués transmès de present al donatari. En cap cas, el donatari revocat no té l'obligació de tornar els fruits i les rendes que hagués obtingut abans de la notificació de la revocació o de la interposició de la demanda.

La revocació de la donació universal produeix la recuperació per part del donant dels béns transmesos (art. 28, 33, 34.3 i 36.3 LH). En primer lloc, només ha de restituir els mateixos béns adquirits si es troben encara en el patrimoni del donatari. En segon lloc, si aquest els hagués transmès a títol gratuït, el donant té dret a recuperar-los de qualsevol el titular, sigui qui sigui. Sobre els béns disposats per un altre títol, s'han de tenir en compte les circumstàncies que permetin o impedeixin reivindicar-los (art. 34 LH).

b) Béns exclosos i béns futurs

Els béns que són propietat del donant i no es transmeten en el moment de l'atorgament de la donació es denominen *béns exclosos*. Tenen la mateixa regulació que els béns anomenats *futurs*, és a dir, els adquirits pel donant després de l'atorgament de la donació universal.

En aquests casos, s'admet tant la disposició per actes *inter vivos*, a títol onerós o lucratiu, com la disposició per actes *mortis causa*, sense cap limitació i sense necessitat de fer una reserva expressa en aquest sentit.

Especialment, dins d'aquestes facultats il·limitades s'introdueix la possibilitat d'atorgar un pacte successori de definició, limitada a la llegítima o extensa, amb un legitimari diferent del donatari.

Pel que fa a la possibilitat que atorgui el pacte de definició el mateix donatari universal que també té la qualitat de legitimari, s'ha de tenir en compte el dret comú de la Compilació (art. 48), que diu que la institució d'hereu contractual implica, formalment, l'atribució de la llegítima, però quan el dret a aquesta es materialitzi (en la fase *mortis causa*, s'entén), això no l'obliga a donar-se per pagat (no s'imputa, de present, al pagament de la llegítima) en el moment de l'atorgament de la donació universal,

sinó en el moment en què s'obre la successió en la qual el donatari universal és també legitimari (pensem que les regles successòries agafen com a paradigma la successió testamentària).

En conseqüència, és compatible amb la donació universal el pacte de definició (limitada i/o extensa), entre donatari-descendent i donant-ascendent, posterior a l'atorgament de la donació universal. Queda així oberta la possibilitat que el donatari universal pacti, posteriorment a l'atorgament, amb el donant, la definició del seu dret a la llegítima, ja sigui perquè es considera satisfet amb el que s'ha adquirit en la donació universal, sense necessitat de rebre nous béns (per exemple: imputació del pagament de la llegítima a béns ja donats), ja sigui perquè es considera la transmissió de nous béns perquè les dues parts volen que els béns en pagament de la llegítima no siguin els ja lliurats amb la donació, sinó d'altres, ara concretats (com si es tractés d'un llegat a l'hereu universal a l'efecte d'una imputació posterior al pagament de la llegítima). De manera que si la definició atorgada posteriorment és extensa, no es pot entendre que aquesta renúncia posterior afecta la qualitat d'hereu contractual, adquirida, de manera irrevocable, amb la donació universal. Per tant, a allò a què realment renuncia el donatari universal amb aquest pacte de definició extensa posterior és a l'acció de reclamar tot allò (qualsevol romanent de béns o drets) que el donant no vulgui voluntàriament atribuir-li (fins i tot els drets a la quarta falcídia i la quarta trebel·liànica que puguin correspondre-li).

En conclusió, la voluntat d'aquest Consell és justificar la validesa dels pactes que es van atorgant de manera successiva, posterior i complementària, a la donació universal, atenent el desig del donant de fer una planificació dinàmica de la seva successió.

La facultat de transmetre béns per testament o codicil s'estén també tant als béns presents exclosos com als futurs.

Finalment, els béns no transmesos (per exemple, no disposats en vida pel donant, ni deixats com a llegat en un testament o codicil posterior a la donació) seran heretats pel donatari universal, com a hereu contractual, en aquesta qualitat expansiva de la universalitat del títol d'hereu que s'estén damunt de qualsevol romanent, és a dir, damunt de tot allò no atribuït o disposat amb millor dret a favor d'altres persones.

Després de la mort del donant, el donatari és el seu hereu universal i, com a tal, respon dels deutes d'aquell amb tots els seus béns; de manera il·limitada, si l'acceptació de l'herència es fa de manera pura i simple (art. 1003 CC), i de manera limitada al valor dels béns heretats, si es fa ús del benefici d'inventari.

3.2.2.2. Contingut accidental

Com a contingut accidental (art. 14 de la Proposició de llei) s'admet un ampli ventall de disposicions de les quals podem destacar:

a) L'establiment convencional de limitacions al donatari, així com de prohibicions de disposar directament o indirectament, en forma de reserva, per part del donant, de la facultat de disposar d'algun dels béns donats. S'ha considerat que aquesta prohibició de disposar pot tenir accés al Registre de la Propietat en els termes de l'article 26 LH.

b) Els encàrrecs al donatari, com ara l'obligació de satisfer les llegendimes dels legitimaris del donant. En aquest aspecte, el donatari o hereu contractual pot abonar aquestes llegendimes, a la mort del donant, amb qualsevol dels seus béns propis, ja sigui els que ha adquirit del donant o els que posseeix per altres títols, o amb doblers si, d'acord amb les regles de la Compilació, el donant l'ha autoritzat a fer-ho. També pot, mentre el donant no ho prohibeixi, satisfer aquestes llegendimes, de manera anticipada, mitjançant un pacte de definició.

c) Les càrregues al donatari, especialment l'obligació de prestar aliments. En relació amb aquesta obligació, hi ha uns efectes específics que cal tenir en compte:

— És una obligació que passarà als hereus del donatari en cas de premoriència d'aquest al donant; o, si escau, als substituïts designats pel donant.

— El seu incompliment, pels uns o pels altres, atorga al donant la facultat d'exigir la revocació de la donació. Fins i tot, en consideració a la relació familiar entre els subjectes, tal incompliment pot configurar-se com una causa d'ingratitude.

— Si no hi ha hereu a qui exigir aquestes obligacions, conseqüència de la revocació del dret de tots els instituïts, aquestes es converteixen en càrregues de l'herència i a càrrec de qui finalment sigui hereu.

3.2.3. *Algunes vicissituds en relació amb el desenvolupament del negoci celebrat*

3.2.3.1. Premoriència, sense descendència, del donatari: dret de retracte

Si el donatari universal premor al donant sense deixar descendència, aquest pot exercir el dret de retracte (art. 21 de la Proposició de llei).

El fonament d'aquest dret parteix d'una interpretació de la causa subjectiva o intenció de beneficiar que fonamenta, alhora, els negocis *lucratus intuitu personae* i que vertebrava tot el desenvolupament d'aquesta figura.

Per tant, aquesta interpretació de la causa subjectiva com a intenció de beneficiar o destacar, anticipadament, un o uns successors, en la seva qualitat d'*intuitu personae*, ens porta que el fonament d'aquest retracte (readquisitiu) és el legítim i implícit desig del donant de troncalitat (entenent que la base negocial d'aquesta figura comporta una condició implícita de beneficiar l'estirp actual o futura), de manera que s'obre la perspectiva que no sigui la mateixa voluntat la que té el donant quan, per premoriència del donatari, els béns entregats passen als descendents d'aquest, que quan passen a altres parents o a terceres persones.

D'aquesta manera, s'ha considerat que si el donatari mor abans que el donant sense deixar descendència, pot ser d'interès per al donant recuperar la propietat dels béns i poder preveure'n un altre destí.

És el dret civil propi el que tanca les conseqüències jurídiques que es deriven d'aquest plantejament, per la qual cosa ja no es pot reconèixer, avui en dia, cap adequació jurídica a la recerca de solucions a aquests supòsits i desitjos probables d'un donant mitjançant la heterointegració del dret civil propi amb la figura de la reversió del CC (tant si s'hi arriba per supletorietat de l'art. 641 CC, com si s'hi arriba per aplicació, per remissió de l'art. 43 de la Compilació, de l'art. 812 CC).

S'ha configurat un dret de retracte genuí en el sentit que és un dret de retro-adquisició (ja que també es denomina, dins del dret civil general, *dret de retracte al tempteig postadquisitiu*).²⁸ És un dret de retroadquisició o retracte d'origen legal (sense necessitat de previsió negocial, ni d'inscripció registral) perquè opera només en els supòsits i les circumstàncies fàctiques descrites en la llei, i el seu exercici és voluntari i, per tant, renunciabla *ex post facto*.

Des del punt de vista de l'afectació de la titularitat dels béns susceptibles de retracte, aquesta figura correspon al mateix model dels retractes postadquisitius d'origen legal que la legislació autonòmica genèrica²⁹ o civil *no foral*³⁰ ha establert, de manera que configuren autèntics límits a la propietat privada, en la vessant del poder de

28. D'acord amb la doctrina més autoritzada, les figures del tempteig i el retracte d'origen legal són més aviat un tempteig preadquisitiu i un tempteig postadquisitiu, i no un retracte en sentit estricte, és a dir, en el sentit de «tornar a adquirir allò que va ser d'un». Vegeu: Manuel-Àngel MARTÍNEZ GARCÍA, «Los derechos de tanteo y retracto en la Ley 22/2001 de la Generalitat de Catalunya: aspectos prácticos», *La Notaria* (Barcelona, Col·legi de Notaris de Catalunya), any 2003, núm. 9-10 (setembre-octubre), 2n Congrés de Dret Civil Català: el Codi Civil de Catalunya (Tarragona, 1 i 2 d'octubre 2003) (coord.: Martín Garrido Melero i Esteve Bosch Capdevila), p. 72. Vegeu també: Miquel COCA PAYERAS, «Los derechos de adquisición preferente: tanteo y retracto», *La Notaria* (Barcelona, Col·legi de Notaris de Catalunya), any 2001, núm. 9-10 (setembre-octubre), Primer Congrés de Dret Civil Català: el Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya (Tarragona, 6, 7 i 8 de novembre de 2001) (dir.: Martín Garrido Melero), p. 193-194.

29. A tall d'exemple, en la Llei 5/2018, del 19 de juny, de l'habitatge de les Illes Balears, s'estableixen drets de tempteig i retracte susceptibles d'operar (ja que, en ocasions, requereixen que l'Administració opti per establir-los en determinats convenis) sobre una varietat de propietats: immobles inclosos en àrees declarades de conservació i rehabilitació (art. 21 *ter* i 21 *quater* Llei 5/2018), immobles que es transmetin en la seva totalitat quan disposin de més d'un habitatge i almenys un d'ells estigui arrendat (art. 26 *ter* Llei 5/2018), immobles de grans tenidors, adquirits en processos judicials o extrajudicials, quan es transmetin entre ells (art. 26 *quater* Llei 5/2018), determinats habitatges desocupats de manera continuada durant un temps superior a dos anys, inscrits en el Registre d'Habitatges Desocupats (art. 36 Llei 5/2018), i habitatges protegits (art. 75 Llei 5/2018).

30. De vegades, el tempteig i el retracte legal s'estableixen a favor de particulars, igualment, però, per a complir una funció d'interès general, des del punt de vista de la funció social. És així en l'art. 109 de la Llei 3/2019, del 31 de gener, agrària de les Illes Balears, amb la finalitat de concentrar finques per a promoure el manteniment i el millor aprofitament de les explotacions agràries, i d'incrementar-ne la rendibilitat.

disposició sobre alguns béns i en determinades circumstàncies (per tant, amb els continguts que la llei de constitució d'aquest límit estableix). De manera que aquest límit que aquesta llei estableix damunt de determinats béns mitjançant la figura del retracte legal del donant universal, evidencia una funció social que l'herència (i la propietat *mortis causa*) pot estar cridada a complir i la qual, atès que la troncalitat ens du a la descendència, a l'estirp, pot ser la perspectiva de protecció i foment de la solidaritat familiar intergeneracional (la base econòmica, la sustentació d'una estirp futura), que, sense ser exclusiva ni excloent, és destacada legítimament pel legislador com a motiu subjectiu (*animus donandi* o intenció liberal) o causa de la donació universal.

Així, el donant pot exercir el dret de retracte, si ho considera oportú, i, a més, pot fer-ho de manera total o parcial, ja que es pot limitar als béns que tinguin un interès especial per a la família o un major valor econòmic.

Necessàriament també ha d'estar subjecte a un termini de caducitat, a fi de donar més seguretat a la successió.³¹ Per això l'exercici del dret de retracte establert té un termini de caducitat de quatre anys³² a comptar de la mort del donant.

Per a accelerar al màxim el procés de retracte, els successors del donatari afectats poden interpel·lar el donant que retreu, per via notarial i en els termes de l'article 1005 CC, perquè decideixi sobre l'exercici del retracte en el termini màxim d'un mes.

La forma d'exercici del retracte és notarial. Així mateix, en cas d'optar per exercir-lo, s'ha limitat aquest dret a certes classes de béns. En queden exclosos els diners, els fons i els valors, atès el seu caràcter fungible, així com els béns de menor entitat i dels quals no es pot predicar la procedència familiar.

A més de la determinació dels béns susceptibles de readquisició, s'exigeix que aquests subsisteixin en el patrimoni del donatari i s'elimina la *reipersecutorietat*, sempre que no es tracti de béns que el donatari hagi transmès a títol gratuït (art. 34.4 LH) i que es pugui entendre que s'ha actuat en frau dels drets del donant.³³

31. D'acord amb la doctrina de la STS del 3 de març de 1995 (RJ 1776).

32. El termini fixat és una opció de política legislativa que resulta esperable per als operadors jurídics. El Consell Assessor s'ha inspirat, més que en analogies amb accions de caducitat, en el fet que els retractes i les figures similars (com ara l'opció de compra), que signifiquen una preferència d'adquisició convencionalment pactada pròpia del dret privat, prenen com a referència el termini de quatre anys com a suficient per a jugar seguretat jurídica i autonomia de la voluntat (art. 1508 CC i 14 RH). Tot això, perquè es tracta d'un retracte com a límit a la propietat per un interès particular, però no constituït damunt el model de tempteig postadquisitiu, com a paradigma de límit a la propietat, sinó damunt el model de retroadquisició, en el sentit de la figura codificada com a «retracte convencional» en el Codi civil espanyol.

33. En contra del principi general de bona fe de l'art. 7.1 CC, la gratuïtat es vincula en el llibre i de la Compilació al frau, que es presumeix quan el negoci és gratuït (des de l'aspecte subjectiu del frau, art. 195.1 del text refós de la Llei concursal), si no es demostra el contrari, és a dir, que és oneros; per tant, no es pot desvirtuar el frau en si, com ocorre quan l'enfocament és econòmic o objectiu, vessant des de la qual la jurisprudència interpreta actualment el frau en matèria patrimonial, i així ho fa també la normativa del CC (art. 1111 CC): com a perjudici econòmic al creditor i *despatrimonialització* del deutor.

Per altra banda, per a evitar que els successors del donatari disposin dels béns a títol onerós després de la mort d'aquest, el dret de retracte es pot estendre també als béns disposats així, ja que estarem davant d'una transmissió per qui no té el poder de disposició, llevat que l'adquirent sigui un tercer protegit en els termes de l'article 34 LH en relació amb les adquisicions *a non domino*.

Finalment, hi ha una consideració especial del fet que el successor del donatari universal premort sense descendència sigui el seu cònjuge o la seva parella estable i que el bé objecte de retracte sigui l'habitatge habitual o la seu d'un negoci familiar (al qual el cònjuge o la parella potser va aportar, directament o indirectament, esforç, valor, doblers difícils de separar...), per la qual cosa sobre aquests immobles només es pot retraure la nua propietat.

3.2.3.2. Novació de la donació universal

En vida del donant i atès que la donació es fonamenta en la naturalesa contractual del pacte, aquesta donació pot modificar-se de comú acord entre les dues parts amb la finalitat d'incloure noves clàusules negocials, així com noves disposicions de béns presents, a favor del donatari, amb els mateixos drets que la llei reconeix per a la transmissió inicial (art. 24 de la Proposició de llei).

En aplicació dels principis de llibertat contractual (article 1.255 CC) i de llibertat dispositiva *mortis causa* s'admet, amb aquesta novació modificativa, per exemple, l'ampliació de la transmissió de béns de present al donatari, amb els mateixos efectes que si s'haguessin lliurat en atorgar la donació i amb els mateixos drets, fins i tot de tipus fiscal, per mor de la competència autonòmica en aquesta qüestió. Sobretot, també, perquè no es tracta d'un pacte nou, pel principi d'unitat del títol successori, sinó d'una novació i renovació d'aquest.

En cas contrari, és a dir, si no es permet la novació, a part de desincentivar aquesta modalitat de successió i les seves finalitats de solidaritat intergeneracional, quan el donant no sigui una persona de molt avançada edat la figura es converteix en estàtica i perd els avantatges dels negocis contractuals, com ara el dinamisme.

Per tant, no és un pacte nou, sinó una modificació de l'existent i, en principi, s'ha de dur a terme entre els mateixos subjectes, donant i donatari, que van atorgar el pacte inicial.

3.2.3.3. Revocació de la donació universal

Es declara el caràcter irrevocable de la donació universal com una de les seves característiques essencials (art. 28 de la Proposició de llei). El donant no pot, doncs, unilateralment, revocar el contingut del pacte. Pel que fa a les disposicions acorda-

des amb el donatari, només és possible revocar-les per dissentiment de comú acord (art. 25 de la Proposició de llei).

Així mateix, a la mort del donant, el donatari adquireix els béns del cabal hereditari no disposats per testament o codicil, és a dir, qualsevol romanent, i també el passiu (art. 23 de la Proposició de llei). Per això el donatari no hi pot renunciar, ja que va acceptar la condició d'hereu de manera irrevocable en el moment de l'atorgament de la donació universal i per l'efecte del principi d'universalitat de la condició d'hereu (art. 24.3 de la Compilació: «[...] incrementaran, necessàriament i proporcionalment [...]»), però pot sol·licitar en aquest moment temporal l'ús del benefici d'inventari i reservar-se el dret a deliberar.

Pel que fa a les disposicions a favor de terceres persones, que configuren el contingut accidental de la donació i en les quals predomina el caràcter hereditari, el donant, com a manifestació del principi de llibertat dispositiva *mortis causa*, pot revocar-les o modificar-les (art. 17 i 18 de la Proposició de llei).

A partir d'aquestes pautes essencials, el donant pot revocar unilateralment la donació universal en determinats casos (art. 29-36 de la Proposició de llei).

L'efecte fonamental de la revocació és la pèrdua de la qualitat d'hereu: el donatari deixa de ser beneficiari dels béns que formen el cabal residual de l'herència del donant. Per altra banda, les terceres persones a qui s'hagi atribuït algun dret o s'hagin encarregat determinades funcions (art. 36 de la Proposició de llei) no han de patir les conseqüències del comportament del donatari i la ineficàcia no les ha de perjudicar. Per això s'acudeix a la ficció que la disposició continguda en la donació universal es converteix en un codicil a la manera de la clàssica clàusula codicil·lar (per analogia amb l'art. 17.3 de la Compilació).

Les causes generals de revocació unilateral per part del donant (art. 29 de la Proposició de llei) estan justificades pel comportament reprovable del donatari, clarament tipificat, que fa suposar que el donant no hauria atorgat el pacte si ho hagués pogut preveure. Així mateix, la revocació unilateral és, en essència, una manifestació del principi de *favor donanti* que regeix aquesta modalitat de successió contractual (art. 9 de la Proposició de llei).

En primer lloc s'inclouen les causes d'indignitat, amb una remissió directa a l'article 7 bis de la Compilació, en tots els seus apartats. Quan la causa és una de les previstes en les lletres *a* i *b* de l'article 7 bis, que en general comporten la mort o la invalidesa del donant, l'eficàcia revocatòria és automàtica. El motiu és la dificultat o impossibilitat que el donant pugui instar el procediment de revocació, ni tampoc els seus hereus, que probablement siguin els que han incorregut en aquesta causa. Així mateix, el donant, si sobreviu, pot perdonar l'acció i convalidar el pacte.

En segon lloc, es considera causa de revocació de la donació universal l'incompliment voluntari per part del donatari de les càrregues que li foren imposades de manera expressa. En aquest cas, es deixa en mans del donant la consideració de si tals càrregues són determinants o no de la vigència del pacte, i pot optar, si ho desitja, per

exigir-ne el compliment forçós o bé, si no és possible, la corresponent indemnització de danys i perjudicis.

S'exigeix que aquest incompliment sigui voluntari i la revocació queda exclosa quan el seu compliment sigui impossible, tant per circumstàncies subjectives del donatari obligat, com seria el cas de trobar-se en una situació d'incapacitat impeditiva o de discapacitat, com per circumstàncies objectives de la mateixa prestació.

En tercer lloc, es considera causa revocatòria la ruptura de les relacions entre el donant i el donatari, sempre que no sigui per circumstàncies imputables exclusivament al donant. Aquest supòsit fa referència al fet que el descendent, o la família que estigui sota la seva influència, rompi tota relació personal i/o afectiva amb el seu ascendent donant. Pel fet de no tractar-se de negocis *ipso iure*, com el dret a la llegítima, el joc de riscos i responsabilitats ha d'enfocar-se des d'una altra perspectiva. Així, si la ruptura és exclusivament imputable al donant, aquest no podrà fer valer aquesta causa de revocació perquè quedaria al seu lliure albir el compliment del pacte. En canvi, si la ruptura no pot provar-se com a imputable exclusivament al donant, perquè ho és exclusivament del donatari o perquè és pel comportament dels dos, aquí, pel principi de *favor donanti* (art. 9 de la Proposició de llei) i perquè es tracta de la llibertat dispositiva que no afecta la llegítima, la norma es postula a favor de la llibertat revocatòria del donant.

En quart lloc, s'inclouen com a causes de revocació de la donació les que ho són d'ingratitud, la qual cosa es relaciona amb l'ànim de liberalitat de la prestació que realitza el donant. Dins la categoria d'ingratitud s'inclouen la negativa a donar aliments i el maltractament al donant, tant físic com psíquic, entès en el sentit que li dona la jurisprudència recent (encara que aquesta es refereixi a la matèria legitimària).

Per exemple, pel que fa a les causes legals de desheretament del CC, aplicables per remissió al dret successori de les Illes Balears, hi ha hagut una interpretació evolutiva del Tribunal Suprem. La STS del 30 de gener de 2015 (núm. 565/2015; ponent: Orduña Moreno), reiterant la doctrina establerta en la STS del 3 de juny de 2014 (RJ 3900), determina que el maltractament psicològic de l'hereu al testador és causa de desheretament.

En cinquè lloc, s'entén com a causa de revocació que el donatari hagi tingut un comportament reprovable, no relacionat amb el donant ni constitutiu d'indignitat en relació amb el donant i el seu cercle, però demostratiu d'una carència moral, ètica o personal, en el sentit de no idoneïtat per a ser continuador, *alter ego*, de la personalitat del donant. No idoneïtat que fa que si el donant l'hagués previst, no hauria triat el donatari com a persona que ha de continuar la seva personalitat jurídica *post mortem*, tal com s'entén que fa la persona de l'hereu (també el contractual).

S'està pensant en exemples com el maltractament del donatari a la seva pròpia família, la violència de gènere, l'abandonament de la llar que comporta deixar menors desprotegits o la condemna per delictes contra la vida, contra la propietat i fins i tot econòmics, entre d'altres. Tot això, fora de l'àmbit del donant i fora de les causes

d'indignitat i d'ingratitude. En definitiva, es tracta d'actuacions o de comportaments que provoquen en la persona del donant la convicció que ha incorregut en un error a l'hora de determinar la qualitat humana, en sentit ampli, del donatari per a poder ser la persona elegida, destacada, beneficiada, com a hereu contractual, de manera que si ho hagués pogut intuir, no l'hauria triat com a futur hereu contractual, de tot o en part.

En sisè i últim lloc, es deixa la possibilitat que el donant estableixi qualsevol altra causa lícita de revocació i en deixi constància, a efectes de publicitat respecte a terceres persones, en el Registre de la Propietat del lloc de situació dels béns immobles donats, mitjançant l' anotació preventiva corresponent en els termes fixats per la Llei hipotecària. Així, el llistat taxat de causes revocatòries no és un *numerus clausus* estricte, ja que queda oberta la possibilitat que el donant inclogui altres supòsits l'incompliment dels quals consideri importants per a la subsistència de la donació.

Les causes revocatòries especials també es regulen quan la donació universal s'ha atorgat entre cònjuges o entre parelles estables (art. 30 de la Proposició de llei).

D'una banda, en el pacte entre cònjuges són causes de revocació, com ja preveu la Compilació —encara que assimilades a la ingratitude—,³⁴ l'incompliment greu i reiterat dels deures conjugals, l'anul·lació del matrimoni si el donatari ha actuat de mala fe, la separació legal o judicial i el divorci.

D'altra banda, si es tracta de parelles estables subjectes al dret civil de les Illes Balears perquè consten inscrites en el Registre de Parelles Estables i compleixen els requisits de la Llei 18/2001, de parelles estables (LPE), serà causa de revocació la cancel·lació de la inscripció (art. 8 LPE).

3.3. Trets rellevants de la modernització de la figura de la definició

Pel pacte successori de definició, els descendents legítimis poden pactar la renúncia a la llegítima, o per més de la llegítima, en la successió dels seus ascendents, per raó d'alguna donació, atribució o compensació que rebin o amb anterioritat hagin rebut d'aquests, o del seu hereu contractual, o d'altres ascendents (art. 38 de la Proposició de llei).

Així, el negoci de definició té dues posicions negocials: l'ascendent definidor o disposador i el descendent definit o renunciant.

34. Art. 3.5 de la Compilació: «Les donacions entre cònjuges seran revocables tan sols en els supòsits que preveuen les lletres a) i b) de l'apartat 1 de l'article 7 bis, quan el donant sigui el cònjuge agreujat, per incompliment de càrregues i per ingratitude. Es consideren causes d'ingratitude, a més de les que estableix el Codi civil, l'incompliment greu o reiterat dels deures conjugals i l'anul·lació del matrimoni si el donatari ha obrat de mala fe».

El descendent definit ha de ser legitimari de la persona respecte de la qual defineix els drets. En canvi, des del punt de vista de l'ascendent, es permet separar la persona del disposador, que és qui transmet els béns, de la de l'ascendent causant, que és aquell la successió del qual es defineix. Aquesta possibilitat ja la va reconèixer el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en la Sentència del 28 de maig de 1992.

Amb aquesta distinció entre disposador i causant s'admet, d'una banda, la possibilitat que el disposador dels béns sigui un ascendent diferent del causant definidor, els drets successoris del qual són objecte de definició; d'altra banda, es permet que dugui a terme el pacte de definició l'hereu contractual del donant; donant que, en un pacte anterior de donació universal de béns presents i futurs, li va imposar l'obligació de satisfer les llegendes de la seva herència.

El pacte de definició és un negoci jurídic complex que es caracteritza, entre altres coses, per la nota de la bilateralitat, en el sentit de sinal·lagma.

Així, d'una banda, el disposador ha de fer una donació o atribució al descendent definit, i, d'altra banda, el descendent definit o renunciant ha de manifestar que accepta a la bestreta aquesta atribució necessària i la liquidació del seu dret a la llegítima i que es declara satisfet amb això.

És per això mateix que el negoci de la definició té també la nota de l'aleatorietat, ja que pot resultar que s'hagi renunciat a més o a menys d'allò que, finalment, en l'obertura de la successió de l'ascendent es determini (art. 42.2 i 47.3 de la Compilació) que hauria correspost, per aquest concepte, al descendent definit.

També es pot considerar com un negoci predominantment lucratiu, des del punt de vista econòmic. Per a l'ascendent definidor, evidentment, hi ha un empobriment patrimonial, però és un empobriment degut o obligatori pel caràcter d'obligació paternofilial de contingut patrimonial de la relació paternofilial que té la llegítima; i obté com a contraprestació el fet de destravar la seva llibertat dispositiva *mortis causa* per a poder disposar com vulgui de la resta dels seus béns, una vegada *alliberat* de la limitació patrimonial que és l'obligació³⁵ de pagament de la llegítima futura, per a qui té legitimaris.

Recordem que el principi de *llibertat de testar* és usat com a principi de política jurídica de caire liberal, en el sentit que es fonamenta en el dret a la llibertat individual de l'article 17 CE (en la derivada de llibertat civil o contractual) i en el dret a l'herència de l'article 33.1 CE (com a derivada del dret a la propietat privada). Des d'aquesta vessant, tot el debat se centra sempre en el qüestionament de les llegendes, considerades

35. El sistema legitimari és un conjunt de limitacions a la llibertat dispositiva del causant perquè satisfaci el dret que tenen determinats parents a obtenir de la seva herència unes atribucions patrimonials en béns hereditaris. Ho diu la STS 695/2005, del 28 de setembre de 2005 (RJ 7154), respecte al sistema del Codi civil, i és una idea totalment vàlida per al sistema civil de les Illes Balears.

el principal límit a l'autonomia de la voluntat en l'àmbit successori (art. 41, 18 [«Les llegítimes es defereixen, també en aquests supòsits, des de la mort del testador»] i 30 CDCIB [«El fiduciari tendrà [...] l'obligació de satisfer les llegítimes»]). Des d'aquesta posició, s'entén que l'alliberament de la quasi absoluta llibertat dispositiva que permet la definició, per a qui té legitimaris descendents, pot ser un valor de present i de seguretat futura que s'ha de tenir en compte.

Pel que fa al donatari, normalment percep o ha percebut un enriquiment patrimonial evident, un lucre, per això en aquest negoci sobresurt el prisma econòmicament lucratiu, però la bilateralitat i el caràcter sinal·lagmàtic del negoci ens duu a posar èmfasi en la contraprestació que fa el donatari o descendent definit des del punt de vista oneros del negoci, la renúncia a un guany futur aleatori, que podria ser i ja no serà perquè renuncia a l'acció de reclamar la llegítima (o més que la llegítima —pensant que possiblement hauria estat cohereu o li correspondrien altres drets sense dita renúncia en morir el donant—, cas, però, en el qual el negoci és clarament lucratiu per al donatari o descendent definit).

El dret futur o expectant a la llegítima queda reconegut i confirmat per l'ascendent donant pel fet mateix de l'atorgament del pacte.

Pel caràcter intangible de la llegítima, s'exigeix que la definició sigui pura i simple (art. 39 de la Proposició de llei). La qual cosa no és obstacle perquè, d'acord amb la regulació de l'article 49 de la Compilació (el descendent, en acceptar lliurement atorgar el pacte de definició, accepta rebre l'atribució patrimonial amb els pactes que li imposa el donant, amb la qual cosa assumeix una situació anàloga a la denominada *cautela socini* —o condició testamentària als hereus forçosos, art. 49 de la Compilació—), puguin fer-se els pactes següents:

a) Un pacte voluntari de reversió dels béns donats. A més del dret de retracte tipificat, s'admet aquest pacte per al cas que el donatari sense descendència premori al donant, ja sigui per a supòsits diferents dels previstos per al retracte tipificat, ja sigui per a supòsits similars però en condicions diferents, o bé a favor de terceres persones.

b) Una prohibició de disposar dels béns donats, ja que, per exemple, pot interessar a l'ascendent definidor que aquests romanguin en el patrimoni del donatari mentre ell visqui, per a poder exercitar sobre ells el dret de retracte esmentat o la restitució en cas de revocació del pacte.

c) La imposició de determinades càrregues al donatari, especialment la cura del mateix disposador o de membres de la seva família, etc.

L'incompliment d'aquestes càrregues es configurarà com una causa de revocació de la definició, sense que per això es vulneri la intangibilitat de la llegítima. Per això mateix, el descendent en cap cas podrà reclamar el suplement de la llegítima si el valor dels béns rebuts en la donació amb pacte de definició, disminuïts pel valor de les càrregues imposades, és inferior al que, *post mortem*, li correspondria en concepte de llegítima.

En situacions extremes no es pot descartar la via de l'enriquiment injust en contra de l'hereu, si aquestes càrregues han empobrit el descendent definit més enllà del que l'aleatorietat pot justificar, o han fet que altres persones desatenguin els seus deures familiars.

Parlant de la llegítima, l'incompliment d'aquesta càrrega (emparada en l'art. 49 de la Compilació) no es pot considerar com un supòsit legal de desheretament just, ni d'indignitat, i només pot produir, per analogia amb la *cautela socini*, la revocació de la definició, l'obligació de retornar allò rebut i la restitució al descendent definit del dret a reclamar allò que per llegítima li correspongui en el moment de l'obertura de la successió amb la computació legitimària.

3.3.1. *Contingut*

En relació amb el contingut d'aquest pacte es poden fer diverses consideracions generals:

a) La «prestació (donació, atribució o compensació)» pot ser anterior o simultània a l'hora de la definició, mai posterior.

b) La «prestació» ha de tenir un contingut patrimonial, però no és necessari precisar-ne una concreció qualitativa.

c) Cal interpretar la «prestació» en sentit ampli, incloent-hi tota transmissió d'un bé material que incideixi, directament o indirectament, en el patrimoni del descendent. Pot tractar-se de béns mobles, béns immobles o drets en general, fins i tot del pagament dels deutes per compte del descendent. S'ha d'admetre també com a atribució o donació allò rebut pel descendent en una donació universal anterior.

d) No existeix un mínim per a donar i, en principi, és independent del valor que la llegítima tingui en morir el donant. El màxim vendrà marcat per la inoficiositat en relació amb les llegítimes dels no descendents definits, tot i que, per al seu càlcul, caldrà esperar a la defunció (art. 42.2 —«[...] fixar aquesta llegítima es tindran en compte [...] el renunciant»— i 47.3 de la Compilació —«Al valor líquid determinat així, s'hi afegirà el de les liberalitats computables, pel que tenien en el moment de la mort, i se'n deduiran les millores útils i les despeses extraordinàries de conservació o reparació, costejades pel beneficiari i amb agregació de l'import dels deterioraments causats per culpa d'aquest que n'haguessin disminuït el valor»).

e) Si es fa la definició en consideració a allò rebut de l'ascendent no definidor, o del donatari universal, l'element determinant serà l'atribució feta per aquest, encara que no es rebi res, o que no es rebi directament res, d'aquella l'herència o llegítima respecte de la qual es defineix.

D'altra banda, pel que fa a la prestació del donatari, cal destacar les notes següents:

a) Consisteix en la renúncia i la liquidació de la llegítima o «per més de la llegítima» (en sentit lax: «altres drets hereditaris que li poguessin correspondre») en relació amb la successió del seu ascendent. D'aquesta afirmació es dedueixen dues declaracions de voluntat del descendent (que no tanquen a l'ascendent la possibilitat de tornar a disposar nous béns a favor del descendent definit) relacionades íntimament:

a1) La manifestació que, a la vista del que ha rebut del seu ascendent, es declara satisfet pel que fa als seus drets i la seva llegítima, per la qual cosa concedeix una «quitança» com a carta de pagament.

a2) La renúncia a l'acció de reclamar aquests drets definits: d'aquí prové el nom de «pacte de non pretendo» (art. 47.1 de la Compilació) que se li va atribuir originàriament.

b) Els drets que el descendent ha definit encara no existeixen en el moment de la definició. Es tracta d'expectatives consolidades i reconegudes com a segures per l'ascendent amb l'atorgament de la definició. Per això el benefici o la contraprestació per al disposador és destravar la seva total llibertat dispositiva *mortis causa* a favor de les persones que desitgi i sense temor que tals atribucions es puguin veure reduïdes pel dret al qual va renunciar el descendent definit.

3.3.2. *Vicissituds sobrevingudes al contingut del pacte*

3.3.2.1. Computació i col·lació de donacions

L'atribució patrimonial que el disposador realitza en vida pel pacte de definició té la seva repercussió a la seva mort en un doble sentit (art. 40 de la Proposició de llei).

En el moment de la mort, caldrà analitzar si l'atribució patrimonial que el disposador realitza en vida, pel pacte de definició, és o no una liberalitat inoficiosa que perjudica la intangibilitat quantitativa de la llegítima dels altres legitimaris.

El valor dels béns donats pel pacte de definició s'ha de computar a l'hora de calcular la llegítima global (art. 47.3 de la Compilació), de la qual es pagarà la part que correspongui als legitimaris no definits. Així, si la definició resulta inoficiosa, es procedirà a la seva reducció mitjançant la indemnització per part de qui va rebre més del que li estava permès per la llei, i la renúncia a la llegítima no s'ha de veure afectada.

En cas que el disposador sigui un ascendent diferent del causant, la computació del que s'ha donat s'ha de fer en el càlcul de la base legitimària en l'herència del disposador, ja que en l'herència del causant definidor el descendent definit només ha renunciat sense rebre res a canvi.

Si el disposador és l'hereu contractual del donant, la computació s'ha de fer en l'herència del donant universal, respecte de qui el descendent definit era legitimari.

Es proposa incloure una excepció de l'obligació de computar el valor del que s'ha donat, quan la totalitat dels legitimaris del causant definidor o del disposador, segons el cas (que coincidiran exactament amb els legitimaris amb dret a llegítima individual en obrir-se la successió), concorrin a l'atorgament de la definició i renunciïn a exigir aquesta computació.

La renúncia a la computació no és una renúncia rigorosa a la llegítima, sinó només una renúncia indirecta, ja que aquests legitimaris renuncien a la completa operació comptable de càlcul de la base legitimària global, és a dir, al *quantum* total de dita base.

En segon lloc, en el moment de la mort caldrà valorar també si aquelles atribucions s'han de col·lacionar en el compte de la partició hereditària, pel fet que el valor de la definició excedeix el de la llegítima individual, excés que anirà a compte de la part de lliure disposició, és a dir, a càrrec de l'hereu. Per això, en cas que el descendent definit sigui hereu, s'han d'equilibrar les adquisicions, *inter vivos* i *mortis causa*, entre colegitimaris cohereus (*cohereus forçosos*).

Tanmateix, en aquests casos la voluntat del causant és determinant, tant si és a favor com si és en contra d'exigir aquesta col·lació. Si no manifesta la seva voluntat, la llei presumirà (sempre que no es tracti dels supòsits específics dels art. 49 i 50 de la Compilació), com a opció de política legislativa, que si el causant no ho ha establert, la llei no ho pot imposar, perquè no hi ha cap interès en joc superior al respecte màxim a la llibertat dispositiva *mortis causa*, que exigeix l'eliminació de les traves jurídiques que acaben introduint conflictivitat i acaben reinterpretant la voluntat suprema del causant.

En cas que el causant estableixi l'obligació de col·lacionar l'excés de la definició, la col·lació no equival a indemnitzar o compensar allò rebut de més pel descendent definit, sinó que aquest ha de rebre menys en la partició, fins que els altres cohereus igualin l'import de la seva adjudicació o ja no quedi res per a adjudicar.

Així mateix, en la norma proposada s'aclareix que la renúncia a la llegítima per part del descendent s'estén també als seus descendents, de manera que si aquell premort a l'ascendent definidor, els descendents del premort no tenen dret de representació per a exigir la llegítima, ni el seu suplement (art. 42.1 de la Compilació).

Una altra cosa és que els descendents del descendent definit premort tinguin legitimació per a celebrar un pacte de definició per un valor superior al de la llegítima amb l'ascendent definidor del descendent definit premort, el qual serà computable per al càlcul de la llegítima global, si escau, en l'obertura de la successió de l'ascendent definidor, i no serà imputable a la llegítima (que ja fou definida pel descendent definit premort), sinó a la part de lliure disposició, perquè dits descendents són l'estirp renunciant i, per tant, no poden tornar a percebre la llegítima, però sí una liberalitat en qualitat de «per més que la llegítima», per representació «impròpia» del seu ascendent, definit per la llegítima, ja premort.

3.3.2.2. Retracte i revocació

En cas que el descendent renunciant o definit premori a l'ascendent definidor sense deixar descendència amb dret a llegítima (art. 41 de la Proposició de llei), s'estableix, pel que fa a la renúncia a la llegítima, la possibilitat d'atacar la seva realització aplicant el dret de retracte o de retroadquisició, regulat per la donació universal (art. 21 i 22 de la Proposició de llei).

Des del punt de vista que la definició forma part del contingut jurídic de les relacions paternofilials en l'edat adulta perquè ho és el dret o deure a la llegítima, es preveuen determinades causes de revocació unilateral per part del donant, la majoria de les quals coincideixen amb les de la donació universal (art. 29 de la Proposició de llei).

No obstant això, en la definició es distingeixen dos grups de causes (art. 43 de la Proposició de llei):

a) Les que comporten la pèrdua definitiva del dret a la llegítima, ja que impedeixen recuperar-lo. Així, els casos d'indignitat referits en els punts 1 i 4 de l'article 29 de la Proposició de llei es consideren causa justa de desheretament, si així ho fa valer el disposador que revoca.

b) Els comportaments que permeten la revocació unilateral del pacte de definició com a pacte anticipador de la llegítima, però que no impedeixen a l'ascendent definit recuperar el seu dret a la llegítima perquè no donen lloc al desheretament; per exemple, l'incompliment de càrregues o la revelació de la carència de qualitats personals, no reconduïbles als casos d'indignitat.

3.3.3. *Notes sobre el pacte de definició limitada a la llegítima*

La definició limitada a la llegítima deixa sense efecte les disposicions relatives a aquesta a favor del renunciant que constin en la donació universal, en un testament o en un codicil, tant les anteriors com les posteriors a l'atorgament de la definició (art. 46 de la Proposició de llei).

A partir d'això, s'estableix la coexistència del pacte de definició limitada a la llegítima amb altres pactes successoris (art. 45 de la Proposició de llei), en funció de la cronologia del seu atorgament.

Així, la definició no invalida la donació universal de béns presents i futurs atorgada amb anterioritat, tant si fou feta a favor del mateix descendent definit com si fou a favor de terceres persones. A més, les facultats dispositives del donant universal li permeten atorgar amb posterioritat un pacte de definició limitada a la llegítima tant a favor del mateix donatari universal que sigui també legitimari, com a favor d'altres legitimaris.

Tampoc no impedeix a l'ascendent atorgar posteriorment una donació universal de béns presents i futurs, tant a favor del mateix descendent definit com a favor d'una tercera persona. La successió voluntària contractual es vertebra sobre la regla que l'existència d'una definició de la llegítima no exclou ni perjudica el renunciant per a rebre més béns que el causant definidor li vulgui seguir transmetent. La definició deixa de veure's, sota cap concepte, com un càstig al descendent definit, com una exclusió de l'organització de la successió *mortis causa* de l'ascendent o com un apartament d'algú conflictiu o molest per a l'hereu, com tradicionalment podia entendre's.

Així mateix, tampoc no impedeix al renunciant l'atorgament posterior d'una definició per més de la llegítima.

En relació amb la successió testamentària (art. 46 de la Proposició de llei), la regla general és la ineficàcia de les disposicions testamentàries realitzades en pagament de la llegítima, tant si són anteriors com si són posteriors a la definició. En parlar de disposicions testamentàries, cal incloure-hi també els codicils, amb els quals es poden realitzar determinats llegats i els quals són ineficaços si s'imputen al pagament de la llegítima. Per contra, les altres disposicions testamentàries són vàlides tant si no són de caràcter patrimonial, com si ho són; especialment, ho són la institució d'hereu i l'assignació de llegats a càrrec de la part de lliure disposició.

Finalment, també hi ha compatibilitat entre la definició limitada a la llegítima i la successió intestada. El renunciant a la llegítima per un pacte de definició no és exclòs de la crida com a hereu intestat (art. 47 de la Proposició de llei).

Tot i concórrer amb altres cohereus legitimaris, al renunciant no se li imposa, per llei, l'obligació de col·lacionar allò rebut pel pacte de definició. La política legislativa, en aquest cas, fa èmfasi en el respecte a la voluntat manifestada (aquí tàcitament, si no fixa el deure de col·lacionar) pel causant en la definició, que s'entén així, en sentit positiu, com a *animus*, intenció liberal (pressupòsit subjectiu previ a la donació), reconeixement lliure i voluntari de beneficiar, reconèixer o destacar el legitimari que va rebre un avançament de béns, i, per tant, sense necessitat d'haver d'igualar-lo amb la resta de legitimaris que no reberen res en vida per decisió lliure i voluntària del definidor mort intestat. Per tant, l'èmfasi es posa en la decisió gràciosa i liberal del definidor tendent a beneficiar un legitimari, més que no pas a igualar-lo amb qui no va rebre aquest avançament.

No obstant això, la regla general de no col·lació té excepcions. Especialment, quan el mateix causant definidor manifesti que la seva voluntat és que els béns donats siguin col·lacionables, en la part que excedeixi la llegítima, a l'hora de la partició, perquè, a diferència de la interpretació que ha prevalgut a l'hora de fixar la regla legal, ara, en aquest cas en particular, no es tracta de beneficiar i destacar un legitimari, sinó d'avançar-li la seva part tot esperant que en un moment posterior hi hagi una igualtat econòmica o una equitat jurídica entre tots els legitimaris cohereus intestats.

3.3.4. Notes sobre el pacte de definició àmplia

Un pacte de definició àmplia (art. 48-50 de la Proposició de llei) és un pacte de definició amb un abast major que la llegítima, és a dir, allò que tradicionalment i equívocament³⁶ s'ha denominat «per la resta de drets hereditaris» (art. 50.1 de la Compilació), ja que l'àmbit objectiu de la renúncia és diferent. La definició àmplia s'ha d'entendre com la renúncia a intentar exigir allò que el causant no ha volgut donar al descendent definit.

La definició àmplia s'ha de posar en relació amb altres pactes successoris (art. 48 de la Proposició de llei):

a) Si hi ha un pacte de definició de la llegítima, serà possible una definició posterior «per més de la llegítima» («per tots els drets successoris»). En canvi, si hi ha un pacte de definició no limitada a la llegítima, impedirà la celebració d'una altra definició, tant l'àmplia com la limitada a la llegítima, ja que la definició àmplia inclou la llegítima dins la idea de «drets renunciats».

b) Si hi ha un pacte previ de donació universal de béns presents i futurs, el donant universal pot atorgar posteriorment un pacte de definició no limitada a la llegítima, tant a favor del mateix donatari universal com a favor d'altres persones. En aquest pacte de definició àmplia s'entén que a allò a què es renuncia és a «qualsevol acció per exigir allò que el donant no li ha volgut donar» (i que no li acabi essent atribuït per algun efecte legal, per exemple, de la universalitat —la incrementació de l'art. 24 de la Compilació—). El donatari universal, doncs, conservarà la seva qualitat d'hereu contractual, creditor del romanent hereditari i responsable dels deutes, encara que el donant hagi buidat en vida, o mitjançant un testament o codicil posterior a la donació, part del seu patrimoni hereditari. També perdrà els drets legals, però dispositius per part del causant, que el donant universal vulgui eliminar de la seva successió.

La definició àmplia també s'ha de posar en relació amb la successió testamentària (art. 49 de la Proposició de llei).

36. Trobam com a precedent més remot el Privilegi del 6 de novembre de 1319 del rei Sanç (vegeu Antonio PLANAS ROSSELLÓ, *Recopilación del derecho de Mallorca 1622*, p. 174): «[...] de legítima o altre dret a dita fill degut en béns de sos pares». Observam que no es refereix en particular a drets hereditaris, sinó a drets en general, que són drets que, en aquella època, podien correspondre a una filla, a part de la llegítima. No té sentit, en aquells orígens, que aquests drets fossin referents a la successió legal o intestada. És per això que cal fer una interpretació evolutiva correcta, i també fidel, quan això té encaix democràtic avui en dia amb l'esperit bo de les regles (com, per exemple, l'extensió als fills —«por igualdad de razón fué extendido por antiguos usos y práctica general», diu Pedro RIPOLL Y PALOU, *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de Baleares*), però mai incorrent en una interpretació «contra definit», negant la crida a la intestada, perquè ni en origen aquests pactes no foren per a proscriure la filla definida, sinó per a beneficiar-la.

En relació amb les disposicions anteriors, es declara la ineficàcia de les que tinguin caràcter patrimonial i s'hagin realitzat a favor del mateix renunciant. Ara bé, si en un testament anterior hi ha una substitució vulgar del descendent definit per al cas de renúncia d'aquest, tal designació es manté i el substitut vulgar rep allò que hauria correspost al descendent definit renunciant.

El manteniment de la substitució vulgar al descendent definit, entenent que aquesta operarà, respon al fet que es considera que no hi ha una doble atribució independent (una a l'instituit —després descendent definit— i una al descendent substitut vulgar), sinó que hi ha una fusió d'ambdues crides o atribucions, de manera que si hi ha altres cohereus, l'interès de la política legislativa està, en aquest cas, en la fixació de la col·lació com a regla general dispositiva. Així, hi haurà l'obligació del substitut vulgar de col·lacionar (amb independència de la seva computació legitimària obligatòria) el valor rebut pel descendent definit substituït, per tal d'equilibrar les adquisicions dels altres cohereus, si el causant no ha manifestat expressament el contrari.

Respecte a les disposicions testamentàries posteriors al pacte de definició, es reconeix la seva validesa sense limitacions amb la intenció de respectar la màxima llibertat dispositiva *mortis causa* no només en relació amb les formes successòries, el continent (poder fer un testament posterior), sinó també en relació amb els continguts possibles d'aquesta llibertat.

Finalment, la definició àmplia s'ha de posar en relació amb la successió intestada (art. 50 de la Proposició de llei). El descendent definit és cridat com a hereu intestat i així s'ha solucionat un absurd de la regulació de la Compilació, la qual, a més, era contrària als principis successoris propis.³⁷ La regulació de la Compilació (art. 51.3: «[...] si no és limitada, qui l'hagi atorgada no serà cridat mai»), que té conseqüències perjudicials per a la concepció actual de la família (com a nuclear) i indeterminables (perquè no sempre és previsible ni evitable morir intestat), significa apostar per una

37. Per exemple, el principi del caràcter universal del títol d'hereu serveix per a argumentar, dins del marc de la regulació actual i desencertada de l'art. 51.3 de la Compilació, que, quan el definit és fill únic, dins l'assignació feta a aquest fill únic definit ampli (per més de la llegítima o «per la totalitat dels seus drets successoris») hi ha implícita la institució d'hereu: «[...] tindran el caràcter d'hereus universals» (art. 15.2 de la Compilació: «si l'hereu únic o tots els hereus instituïts ho són en cosa certa, se'n consideraran legataris d'aquesta i, quant a la resta de l'herència, tindran el caràcter d'hereus universals, per parts iguals si fossin diversos»). De manera que, en cas de definició àmplia i absència d'un altre negoci de successió voluntària vàlid, bastaria que la solució per al romanent hereditari, sigui del valor que sigui, fos la «incrementació forçosa» (art. 24.3 CDCIB) del descendent definit, en lloc de l'obertura de la successió intestada. Si fos així, seria defensable *de lege ferenda*, actualment, que, en aplicació dels principis successoris de la Compilació (*nemo pro parte, favor testamenti* i universalitat del nomenament d'hereu), el descendent únic, definit per més de la llegítima, fos considerat com a ostentador, per un negoci successori *inter vivos* (definició), de la qualitat d'hereu (*ex re certa*). Per tant, oferir, en la llei ara projectada, una regulació diferent de la desafortunada solució actual de l'art. 51.3 de la Compilació («no serà cridat mai»), troba fonament jurídic i és una necessitat.

interpretació *contra definit*, la qual cosa no és una fonamentació de millor dret ni té encaix en els principis *successoris* propis.

La primera raó de la proposta de nova regulació és haver interpretat, com a més inherent a la voluntat *mortis causa* de la persona, que aquesta desitja ser succeïda i heretada per un descendent (art. 930 CC), encara que aquest hagi estat definit de manera àmplia o «per tots els drets *successoris*». Precisament, del poc rigor d'aquesta frase de l'article 50.1 de la Compilació prové la interpretació socialment inacceptable, avui en dia, per la qual un familiar o parent més llunyà té més drets intestats que el descendent definit per més de la llegítima, amb la qual cosa es relaciona, dins l'*imaginari jurídic col·lectiu*, el negoci de la definició amb un càstig al descendent definit, que més que beneficiat anticipadament és tractat com un *fill pròdig* i és exclòs de la successió regida per la llei.

La segona raó és precisament això: considerar que no és una interpretació socialment actual, ni adequada, entendre la definició àmplia com una proscripció, penalització i exclusió del fill definit, de la vocació legal o intestada. Establir aquesta relació de causa-efecte no està, avui en dia, justificat *per se*, apel·lant a una mera decisió de política legislativa, i tampoc ja no és justificable en interpretacions històriques de la figura de l'hereu omnipotent i dels descendents definits (així: la filla monja, la filla casada, el fill díscol, el fill religiós, el fill natural...) com a obstacles que cal eliminar per a potenciar l'hereu.

Per tant, deduir que l'autonomia de la voluntat manifestada mitjançant el benefici més enllà del que és legalment exigible pel legitimari, que comporta la definició àmplia, evidencia que l'ascendent definidor vol privar, en abstracte, «d'altres drets legals» el descendent definit, amb aquesta visió de proscrit (emparant un desheretament *ex lege*), no és sostenible ni des de la comprensió actual de les relacions filials ni des de la figura de l'hereu no patriarcal, no imperativament exclusiu i exclouent de la resta de fills i filles.

Com a tercera raó, aprofundint, però, en aquesta idea, observam que la interpretació poc rigorosa i contrària a l'esperit dels principis *successoris* propis, segons la qual la renúncia a «tots els drets *successoris*» ha de fer referència a la privació de la successió intestada (com si s'hi pogués renunciar anticipadament), confonia i reduïa la successió intestada a un contingut, a un dret renunciabile a ser vocat, quan es tracta d'una modalitat plena de successió *mortis causa*, a un contingut de *ius cogens* de la relació paternofilial.

En definitiva, la prevalença de la delació voluntària sobre la intestada, com a principi successori general exigit pel respecte a la llibertat civil i a l'autonomia de la voluntat del causant, empara la regulació de les relacions entre el pacte ampli de definició, com a exponent de la delació voluntària, i la successió intestada, des del prisma que la successió intestada és la menys desitjada pel definidor, mort sense testament, de manera que la regulació d'aquesta relació ha de tendir a la producció dels menors efectes de la successió intestada i la major força expansiva de la voluntat successòria

que, encara que sigui particular (o *ex re certa*), i no universal, conté tot negoci de definició.

Per tot això, la definició àmplia s'ha d'entendre com la renúncia a intentar exigir allò que el causant no ha volgut donar al descendent definit, de manera que si hagués de combinar-se amb una obertura posterior d'una successió intestada, dita renúncia significarà que el descendent definit no pot reclamar, per regla general dispositiva, el mateix que els altres cohereus intestats no definits, ja que ha rebut una part de l'herència per avançat (a compte del total del cabal hereditari).

Finalment i en conseqüència amb tot el que s'ha exposat, es fixa la regla general de la col·lació del valor dels béns rebuts en la definició, de manera que els altres cohereus intestats han de rebre béns fins a igualar el descendent definit i, un cop aconseguit això, la resta de béns, si n'hi ha, s'han de repartir entre tots, per caps o per estirps, segons correspongui. I, en cas que el descendent definit hagi premort al causant, han de ser cridats a la successió intestada els seus descendents per estirps (per dret de representació intestat, art. 924 CC), els quals tendran la mateixa obligació de col·lacionar, per a evitar una doble adquisició (la del premort per definició i la de l'estirp del premort com a cohereus intestats) en detriment dels altres cohereus no definits o de l'estirp d'aquests.

Per descomptat, la regla general que, en lloc de proscriure *ex lege* el descendent definit ampli, revela l'esperit d'equilibrar tots els descendents intestats mitjançant la col·lació, pot ser exclosa en cas que el causant estableixi expressament la dispensa de col·lacionar en l'herència intestada.

4. BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. «Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales». *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, núm. 1 (2019), p. 21-79.
- BADOSA COLL, Ferran. «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1 (1994), p. 11-36.
- CARDONA, Javier. «Prólogo». A: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.). *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters Aranzadi, 2016, p. 41.
- COCA PAYERAS, Miquel. «Los derechos de adquisición preferente: tanteo y retracto». *La Notaria* [Barcelona: Col·legi de Notaris de Catalunya], any 2001, núm. 9-10 (setembre-octubre), *Primer Congrés de Dret Civil Català: el Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya (Tarragona, 6, 7 i 8 de novembre de 2001)* [dir.: Martín Garrido Melero], p. 193.

- MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel-Ángel. «Los derechos de tanteo y retracto en la Ley 22/2001 de la Generalitat de Catalunya: aspectos prácticos». *La Notaria* [Barcelona: Col·legi de Notaris de Catalunya], any 2003, núm. 9-10 (setembre-octubre), 2n Congrés de Dret Civil Català: el Codi Civil de Catalunya (Tarragona, 1 i 2 d'octubre 2003) [coord.: Martín Garrido Melero i Esteve Bosch Capdevila], p. 72.
- PLANAS ROSSELLÓ, Antonio. *Recopilación del derecho de Mallorca 1622: Por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*. Palma: Ilustre Colegio de Abogados de Baleares i Miquel Font, 1996.

EN EL DRET CATALÀ, CALDRIA REGULAR (I, SI ESCAU, COM?) L'ARRENDAMENT DE BÉNS AMB ELEMENTS DIGITALS?

Lídia Arnau Raventós¹

*Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona*

Resum

La finalitat d'aquest comentari és analitzar si el dret europeu regula el contracte d'arrendament de béns amb elements digitals i, en concret, si ho fa a propòsit de la conformitat del bé al contracte. La naturalesa digital d'un dels components d'aquest tipus de bé mixt mena fins a la Directiva (UE) 2019/770, relativa al subministrament de continguts i serveis digitals. Al seu torn, la naturalesa duradora i continuada de la prestació compromesa per qui és arrendador permet concloure que aquells components es regeixen per les regles relatives al subministrament continuat. Cal valorar si en el dret català, a les portes d'una regulació pròpia en matèria del contracte d'arrendament, aquest règim està ben travat.

Paraules clau: arrendament de béns, béns amb elements digitals, conformitat, subministrament continuat.

EN EL DERECHO CATALÁN, ¿SERÍA PRECISO (Y, SI PROCEDE, ¿CÓMO?) EL ARRENDAMIENTO DE BIENES CON ELEMENTOS DIGITALES?

Resumen

La finalidad de este comentario es analizar si el derecho europeo regula el contrato de arrendamiento de bienes con elementos digitales y, en particular, si lo hace a propósito de la conformidad de tales bienes al contrato. La naturaleza digital de uno de los componentes del bien mixto permite reconducir el negocio hasta la Directiva (UE) 2019/770, relativa al suministro de contenidos y servicios digitales. A su vez, la naturaleza duradera y continuada

1. Aquest comentari forma part dels treballs duts a terme en el marc del projecte DER 2021-126857NB-I00 i del Grup Consolidat 2017 SGR 151.

de la prestación comprometida por el arrendador sugiere que tales componentes se rigen por las reglas relativas al suministro continuo. Procede valorar si en el derecho catalán, avecinándose una regulación propia en materia del contrato de arrendamiento, este régimen está bien trabado.

Palabras clave: arrendamiento de bienes, bienes con elementos digitales, conformidad, suministro continuo.

IN CATALAN LAW, ¿WILL IT BE NECESSARY (AND, IF YES, ¿HOW?) THE LEASE OF GOODS WITH DIGITAL ELEMENTS?

Abstract

The purpose of the comment is to analyze if the European law imposes any certain regulation regarding the leasing of goods with digital elements, in particular, about conformity of these goods with the contract. The digital nature of one of the components of this kind of mixed goods justify the application of Directive (UE) 2019/770, concerning supply of digital content and digital services. In addition, the rules relating to continuous supply must be applied because of the continuous lessor's obligation. At last, the comment assesses whether in Catalan law, becoming new rules about lease of goods, the regulation leads to the application of the internal rules that have incorporated Directive 2019/770 into domestic law.

Keywords: lease of goods, goods with digital elements, conformity, continuous supply.

1. L'OPORTUNITAT DE LA QÜESTIÓ I LA DEFINICIÓ PRÈVIA

El mercat evoluciona i sovintegen ofertes de lloguer de *béns amb elements digitals* (per exemple, vehicles, productes de telefonia, bicicletes, joguines...). Aquesta realitat pràctica demana analitzar el marc jurídic aplicable a aquesta modalitat contractual. En el dret català, ara com ara, d'aquesta altra realitat (diguem-ne, jurídica) se'n poden destacar dues dades: la primera és la tipificació dels anomenats «béns amb elements digitals» en l'article 621-3 del Codi civil de Catalunya (CCCat); la segona és l'Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya.²

2. Vegeu l'edicta, del 5 d'agost de 2022, que sotmet la proposta a informació pública (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* [DOGC], núm. 8743, p. 1).

1.1. ELS «BÉNS AMB ELEMENTS DIGITALS» EN L'ARTICLE 3.3 DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/771

La redacció vigent de l'article 621-3 CCCat, relatiu a l'«Objecte» del contracte de compravenda, obeeix a la incorporació en el dret català de la Directiva (UE) 2019/771, del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de maig, sobre determinats aspectes del contracte de compravenda de béns.^{3,4} D'acord amb la definició legal prevista en l'article 621-3.2c CCCat, un «bé amb elements digitals» és el que «incorpora continguts o serveis digitals o està interconnectat amb ells de tal manera que si hi manquen no pot desenvolupar les seves funcions». La definició s'inspira en l'article 2.5b de la Directiva 2019/771, precepte que destaca la naturalesa mixta d'aquesta modalitat de béns, integrats per un component material («todo objeto mueble tangible») i un altre d'immaterial («contenidos o servicios digitales»), que resten vinculats funcionalment per raó d'una incorporació o interconnexió («[...] que incorpore con-

3. Aquesta incorporació es va dur a terme en virtut del Decret llei 27/2021, del 14 de desembre, «d'incorporació de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives als contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i als contractes de compravenda de béns, al llibre sisè del Codi civil de Catalunya» (DOGC, núm. 564, 16 de desembre de 2021, p. 1-15). Aquesta disposició va ser validada pel Parlament de Catalunya el 26 de gener de 2022 (Resolució 218/XIV del Parlament de Catalunya, DOGC, núm. 8596, 1 de febrer de 2022).

4. Vegeu una proposta relativa a com calia incorporar els textos europeus a l'ordenament català a Lídia ARNAU RAVENTÓS, «La implementació al dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (dir.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Girona, Documenta Universitaria, 2021, p. 85-140; Lídia ARNAU RAVENTÓS i Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «Cap a un dret català conforme a les directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *Indret*, any 2022, núm. 1, p. 171-205. Vegeu un comentari del text aprovat a Lídia ARNAU RAVENTÓS i Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil* (en premsa).

5. Els caràcters de moble i tangible, presents en l'art. 2.5b Dir. 2019/771, no transcendeixen a la norma catalana. Abans de la reforma implementada pel Decret llei 27/2021, l'art. 621-3 CCCat, pel que fa a la interpretació de «bé», es remetia expressament als art. 511-1 i 511-2 CCCat («[...] té per objecte els béns, segons els articles 511-1 i 511-2 [...]»). Aquesta crida avalava que no només les coses (o «objectes corporals», ja fossin mobles, ja fossin immobles) podien esdevenir objecte del contracte de compravenda, sinó també «els drets patrimonials», ja fossin mobles (art. 511-2.2d, a *contrario sensu*, CCCat i 511-3 CCCat), ja fossin immobles (art. 511-2.2d CCCat). En el nou art. 621-3 CCCat aquella remissió desapareix i resta substituïda per la referència a «béns materials o immaterials». En aquest context, de cara a interpretar què és un «bé» hom pot fer ús d'un criteri d'interpretació sistemàtica i recórrer igualment als art. 511-1 i 511-2 CCCat. La lectura conjunta d'aquests darrers i de l'art. 621-3.1 CCCat permet fer notar, certament, que aquest darrer és més ampli perquè admet qualsevol modalitat de bé immaterial (per exemple, les dades), i no només els que, en concret, són drets patrimonials. En qualsevol cas, el concepte de «bé amb element digital» mena, pel que fa al «bé», a un component de naturalesa material.

tenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos [...]».⁶ Aquesta definició compleix una funció instrumental: afavorir l'aplicació de l'article 3.3 de la Directiva 2019/771. En concret, s'estableix que en determinades circumstàncies la conformitat de l'element digital al contracte s'ha de valorar atenent les regles que inclou aquesta directiva, que és tant com dir que a aquests continguts o serveis digitals no se'ls aplica la Directiva 2019/770⁷ (tal com declara, expressament, el seu art. 3.4).⁸ Cal afegir que, al seu torn, també compleixen la mateixa funció instrumental (tant pel que fa a l'article 3.3 de la Directiva 2019/771 com, fins i tot abans, en la mateixa definició de l'art. 2.5*b* Directiva [Dir.] 2019/771) les definicions de *contingut digital* i *servei digital* previstes en els subapartats 6 i 7 de l'article 2 de la Directiva 2019/770. No tota ni qualsevol *relació* que pugui arribar a presentar un bé amb el que coneixem com a *món digital* el converteix, jurídicament, en un «bé amb element digital». Cal que aquella relació derivi, en concret, de la integració o interconnexió amb un contingut (o «datos producidos y suministrados en formato digital» [art. 2.6 Dir. 2019/771, incorporat en l'art. 621-3.2*a* CCCat]) o servei digital (que és el que permet o bé «crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital» o bé «compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos» [art. 2.7 Dir. 2019/771, incorporat en l'art. 621-3.2*b* CCCat]).⁹ El considerant 14 de la Directiva 2019/771 sembla associar

6. Aquesta definició coincideix amb la que també preveu l'art. 2.3 Dir. (UE) 2019/770, del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de maig de 2019, «relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales».

7. Quant a les diferències que resulten de sotmetre aquests elements digitals a una directiva o a l'altra, vegeu LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Education and Law Review*, núm. 24 (abril-setembre 2021), disponible en línia a <<https://doi.org/10.1344/REYD2021.24.36294>> (consulta: 15 setembre 2022); ROSA BARCELÓ COMPTÉ i GEMMA RUBIO GIMENO, «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto de intersección de la DCD y la DCV», *Indret*, any 2022, núm. 3, p. 19 i seg. Després d'anticipar també on no hi ha coincidència entre les directives 2019/770 i 2019/771, acaba conclouent que la subjecció dels components digitals a la Dir. 2019/770 hauria estat «a simpler, more elegant solution». Vegeu JOZEFIEF VANHERPE, «While smoke, but smoke nonetheless: some (burning) questions regarding the directives on sales of goods and supply of digital content», *European Review of Private Law*, vol. 18, núm. 2 (2020), p. 261.

8. Per tant, el que enclou una directiva s'exclou de l'àmbit d'aplicació de l'altra «as a mirror image» (DIRK STAUDENMAYER, «The directives on digital contracts: first steps towards the private law of the digital economy», *European Review of Private Law*, vol. 18, núm. 2 (2020), p. 230).

9. La Dir. 2019/770, que també recull aquelles mateixes definicions (vegeu art. 2.1 i 2.2), dona un exemple que avala que no tota interferència digital permet parlar, en concret, de «servei digital»; així, el seu art. 3.5*a* exclou del seu àmbit d'aplicació «la prestación de servicios *distintos* de los servicios digitales independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para *obtener el producto* del servicio o para *entregarlo o transmitirlo* al consumidor» (la cursiva és nostra). La norma, que pot semblar sobrerera (atès que, si es tracta de serveis *no* digitals, és clar que se situen al marge del text), té una finalitat aclaridora, en el sentit que insisteix que el mitjà d'obtenció i/o de transmissió del producte obtingut arran de l'execució d'un servei *no* converteix el dit servei en un servei digital. La distinció, certament, a voltes es

la categoria de la *integració* amb la dels continguts digitals, que poden trobar-se o no ja preinstal·lats en el bé,^{10,11} i la de la *interconnexió* amb la dels serveis digitals.¹²

Pel que fa a les circumstàncies que situen l'element digital dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2019/771, cal fer esment de la connexió funcional amb el com-

fa complexa (¿seria o no un servei digital, el que permet accedir a un diari o una revista en línia?, ¿serien o no continguts digitals, els articles o reportatges?). A propòsit de l'exclusió, vegeu el considerant 27 Dir. 2019/770 i el comentari que en fa Lena MISCHAU, «The concept of digital content and digital services in European contract law», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm. 1 (2002), p. 7-8. En la mateixa línia, a propòsit de la distinció entre els continguts i els serveis que són digitals i els que no ho són, i, a més, de la diferència entre, per una banda, continguts digitals i, per l'altra, serveis digitals, vegeu COMISIÓN EUROPEA, «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83 (2021/C 525/01)», *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de desembre de 2021, p. 10-11 (cal fer notar que s'hi relativitza la distinció que es fa entre els uns i els altres en el considerant 19 Dir. 2019/770, ja que s'assenyala que seran continguts o serveis digitals depenent «del modo de transmisión o acceso, así como de otras especificidades del negocio»).

10. La instal·lació o la interconnexió, quan esdevenen posteriors a la conclusió del contracte, poden anar a càrrec d'un tercer; així ho estableix expressament l'art. 3.3 Dir. 2019/771. En qualsevol cas, de la manca de conformitat que presenti l'element digital en serà responsable, davant del consumidor, la part venedora.

11. El contingut digital pot fer pensar, en especial quan s'adquireix ja instal·lat al bé, en la idea de *part integrant*. La categoria apareixia, en concret, en el considerant 11, *in fine*, de la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell «relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales» (COM [2015] 634 final). Ho feia per a excloure'ls de l'àmbit d'aplicació del text («[n]o obstante, la presente Directiva no se aplica a los contenidos digitales insertados en bienes de forma que operen como parte integrante de los mismos y como un accesorio de las funciones principales de los bienes»), per bé que, després, en el text articulat de la proposta no s'hi feia cap menció. Vegeu una explicació del criteri exposat, vinculat a la funcionalitat principal del bé, però, alhora, fent notar els supòsits que no hi acaben d'encaixar (per exemple, continguts que afegeixen noves funcionalitats als béns, continguts relacionats amb les funcions bàsiques del bé però que no hi estan integrats...), a Christiane WENDEHORST, *Sale of goods and supply of digital content—two worlds apart?*, Brussel·les, Parlament Europeu, PE 556.928, 2016, p. 8. Vegeu també Rafal MANKO, *Contrats de fourniture de contenu numérique*, Brussel·les, Parlament Europeu, PE 582.048, 2016, p. 12 i 17, que reproduïx aquells mateixos dubtes. Posa l'èmfasi en el grau de vinculació que caldria que tingués el contingut digital amb les funcions principals, Vanessa MAK, *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concernint contracts for the supply of digital content*, Brussel·les, Parlament Europeu, PE 566.494, 2016, p. 10 («[...] the software in a car is hacked, that might also influence the safety of the car for driving»). A l'empara del mateix text, es va arribar a entendre que si el contingut digital no estava subordinat o al servei de la funció principal del bé, sí que li era aplicable el règim dels continguts digitals (vegeu Pia KALAMEES i Karin SEIN, «Connected consumer goods: who is liable for defects in the ancillary digital service?», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 18, núm. 1 (2019), p. 15). La idea de *bé compost* (o format per *parts integrants*) no es reprèn en la Dir. (UE) 2019/771, però, en canvi, és present en l'art. 9.2.ii Dir. (UE) 2011/83, del Parlament Europeu i del Consell, del 8 d'octubre, «sobre derechos de los consumidores», relatiu al *dies a quo* del termini per a desistir del contracte de compravenda que recau sobre béns formats per diferents peces o components.

12. També la predicció dels continguts, fent notar que aquella interconnexió no sempre serà clara, Pia KALAMEES, «Goods with digital elements and the seller's updating obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, núm. 2/2021, p. 132.

ponent material i de la contractació de tot plegat en virtut del mateix contracte de compravenda.

— El primer requisit (la connexió funcional amb el component material) permet concloure que si l'element digital no repercuteix, d'una manera o altra, en la funcionalitat del bé,¹³ l'aplicació de l'article 3.3 de la Directiva 2017/2019 no escau. El supòsit menarà, aleshores, a un supòsit de contractació objectivament complexa que, al seu torn, admet dues variants teòriques. La primera es dona si l'element digital, malgrat aquella no afectació de la funcionalitat, es pot igualment considerar accessori del bé. En aquest escenari, la conformitat del bé demana que els elements accessoris també siguin lliurats (art. 6c i 7.1c Dir. 2019/771) i, cal entendre, que siguin igualment conformes al contracte. I, a manca d'una norma que ho expliciti, encara que només sigui a l'empara de la regla segons la qual *allò que és accessori segueix allò que és principal*, cal entendre, a més, que aquesta conformitat (la dels elements accessoris) es regeix per les regles de la conformitat del bé, és a dir, per les contingudes en la Directiva 2019/771. Aquesta conclusió sobta¹⁴ perquè, de fet, desdibuixa les diferències entre el «bé amb element digital» i el «bé» acompanyat d'elements accessoris digitals; tot plegat (allò que és material i allò que és digital) restarà sotmès a la Directiva 2019/771. Si de cas, la diferència que persisteix és el conjunt de normes que limiten la seva aplicació als «béns amb elements digitals» (entre altres, art. 7.3, 8b, *in fine*, 10.2 i 11.3 Dir. 2019/771).¹⁵ La

13. És a dir, no fa que *funcioni* més o millor (més fàcilment, permetent més usos...). Realment es fa difícil pensar en supòsits en què la incidència de l'element digital en el bé no es pugui reconduir cap a una qüestió de funcionalitat. Fins i tot partint de les categories tecnològiques que es defineixen en l'art. 2 Dir. 2019/771 (p. ex., compatibilitat, funcionalitat, durabilitat, interoperativitat...), cal fer notar que totes (i no només la *funcionalitat*) tenen una projecció funcional (així, la compatibilitat i la interoperativitat s'han d'entendre com la capacitat per a funcionar amb determinats aparells o programes, i la durabilitat del bé es defineix com la capacitat per a mantenir les seves funcions en el temps). Destaca que en l'art. 3.3 Dir. 2019/771 no cal que la funcionalitat del bé afectada sigui la principal o bàsica, Pia KALAMEES, «Goods with digital elements», nota 7, p. 132. El paràgraf segon del considerant 21 de la Dir. 2019/770 rebla aquesta indiferència: s'hi posa com a exemple «una aplicació de alarma o una aplicació de càmera» a un telèfon intel·ligent. Vegeu ROSA BARCELÓ COMPTE i GEMMA RUBIO GIMENO, «La conformidad de los bienes con elementos digitales», p. 11-15, que proposen un règim dels elements digitals en funció de si afecten les funcions bàsiques del bé o afavoreixen una funcionalitat *ampliada*.

14. L'expressió «bé amb element digital» porta a pensar que, en el fons, el que es considera com a «bé» és el component material. I és el «bé» el que, en qualsevol cas, ha de ser conforme al contracte. Des d'aquesta perspectiva, pot semblar rebuscat tot el debat entorn d'aquella modalitat. I és que, si el que no acaba rutllant o funcionant correctament és el «bé», ¿no bastaria això per a exigir responsabilitat al venedor? Aquesta responsabilitat, de fet, mai no s'ha posat en dubte. El debat de fons rau en les normes que cal aplicar al component digital (si les de la compravenda o les del subministrament d'elements digitals).

15. Encara que, probablement, es tracti d'una diferència més aparent que no pas real, ja que, a manca de regles específiques relatives a aquest tipus d'accessoris, atesa la seva naturalesa digital seria raonable aplicar-los, per analogia, les regles pensades per als elements digitals de l'art. 3.3 Dir. 2019/771. En aquest sentit, per exemple, es podria aplicar allò previst en el considerant 39 Dir. 2019/771 pel que fa a entendre

segona variant teòrica encaixa amb els supòsits que no permeten qualificar l'element digital com a accessori del bé. A l'hora d'identificar el seu règim jurídic, cal considerar el considerant 17 de la Directiva 2019/771 i el considerant 33 de la Directiva 2019/770. Encaren el supòsit des de perspectives ben distintes, que convé conciliar. El primer ho fa des de la perspectiva de la qualificació jurídica, de manera que pertoca al dret intern establir si el contracte que combina prestacions pròpies del contracte de compravenda i altres d'alienes a aquest tipus s'ha de qualificar o no com a compravenda. El considerant 33 de la Directiva 2019/770 prescindeix de la qualificació jurídica i, per al cas de contractació complexa, es limita a establir que els elements digitals resten en tot cas sotmesos a les regles d'aquesta directiva (i no pas, per tant, a les de la Dir. 2019/771).¹⁶

— Per altra banda, la segona condició que exigeix l'article 3.3 de la Directiva 2019/771 és la contractació conjunta del «bé» i de l'«element digital» en virtut del mateix contracte de compravenda. En cas de dubte, el precepte afavoreix l'aplicació de la Directiva 2019/771, ja que enclou una presumpció de contracte únic («[...] se presumirá que el contenido o servicio digital está comprendido en el contrato de compraventa» [art. 3.3, *in fine*, Dir. 2019/771]).¹⁷

1.2. ELS «BÉNS AMB ELEMENTS DIGITALS»: MÉS ENLLÀ DE LA COMPRAVENDA?

L'article 621-3.1 CCCat, en preveure que «[e]l contracte de compravenda té per objecte els béns [...] inclosos [...] els que incorporen o estiguin interconnectats a continguts o serveis digitals», incorpora l'article 3.3 de la Directiva 2019/77. Ho fa ometent el requisit de la dependència funcional que cal que mostri el component material quant al digital. Passa el mateix en l'article 3.3 de la Directiva 2019/771, que tampoc no l'esmenta. En l'un i l'altre ordenaments, que l'element tangible depengui funcionalment dels continguts o serveis digitals és una condició que imposa la definició legal de la categoria (art. 2.5*b* Dir. 2019/771 i 621-3.2*c* CCCat). Per altra

que el lliurament d'aquests accessoris es produirà quan el venedor els posi a disposició del comprador o quan aquest hi tingui accés.

16. Per bé que «[...] deben regirse por el derecho nacional los efectos que pueda tener la resolución de un elemento del paquete contratado en las demás partes del paquete» (considerant 33 Dir. 2019/770).

17. I de cara a valorar si es dona o no el dubte quant a si s'ha atorgat un únic contracte o més d'un, caldrà considerar les circumstàncies del cas concret. Es desenvolupa la idea en els considerants 15 i 16 Dir. 2019/771 i 20 i 21 Dir. 2019/770. Convé afegir que, d'acord amb el considerant 34 Dir. 2019/770, la contractació *per separat* o en virtut de contractes distints no exclou que estiguin vinculats. Per tal, però, d'apreciar aquesta vinculació i els seus efectes, el dret europeu es remet a les legislacions internes («La presente directiva no debe afectar a las normas nacionales que regulan las condiciones por las que un contrato sobre el suministro de contenidos o servicios digitales pueda considerarse vinculado o accesorio en relación con otro [...], las medidas correctoras que puedan exigirse en virtud de cada contrato o el efecto que la terminación de un contrato tendría en el otro contrato»).

banda, d'allò que tan clarament exigeix l'article 3.3 de la Directiva 2019/771 («[...] los contenidos o servicios digitales [...] se suministran con los bienes con arreglo al contrato de compraventa [...]»), l'article 621-3 CCCat se'n fa ressò indirectament. En aquest sentit, l'article 621-3.3 CCCat es limita a presumir que els elements digitals «estan compresos en el contracte de compravenda, amb independència que siguin subministrats pel venedor o per un tercer». La interpretació sistemàtica dels articles 621-3.1 CCCat (que, ja s'ha dit, configura els béns *amb elements digitals* com a possible objecte del contracte de compravenda) i 621-3.3 CCCat (que, si presumeix la unitat contractual, deu ser perquè és rellevant) i, a més, el criteri de l'aplicació del dret intern conforme a l'europeu,¹⁸ avalen entendre que només es pot parlar de compravenda de béns amb elements digitals, amb subjecció de tot plegat a les regles dels articles 621-1 i següents CCCat, si els elements digitals conformen l'objecte, també, del mateix contracte de compravenda. Cal fer un matís, però. Obeeix a la novetat que representa, també ja s'ha dit, la incorporació dels béns immaterials a l'article 621-3.1 CCCat. A la seva empara és perfectament possible qualificar com a compravenda un contracte que tingui per objecte *només* continguts digitals (per exemple, un programari [*software*]; vegeu l'exposició de motius del Decret llei 27/2021, ap. iv, 2n par, *in fine*).¹⁹ Aquesta ampliació de l'àmbit objectiu de la compravenda permet, per una banda, relativitzar la novetat que representa la presència dels béns amb elements digitals en l'article 621-3 CCCat; abans i després de la reforma, la compravenda ja podia recaure, íntegrament, sobre drets patrimonials (art. 621-1 i 511-1 i 2 CCCat); d'ençà del gener del 2022, pot fer-ho, igualment de manera íntegra, sobre qualsevol altre bé immaterial. Aquesta ampliació, a més, convida a assajar diferents escenaris: així, per la via dels «béns amb elements digitals» s'aplicaran les regles de la compravenda a continguts digitals sense llicència indefinida d'ús o a serveis digitals; per la via dels «béns immaterials», la compravenda pot recaure sobre continguts que es contracten independentment de qualsevol altre bé, que es contracten conjuntament amb un bé que no depèn, per a funcionar correctament, del contingut digital o, en fi, que es contracten separadament (o en virtut d'un *altre* contracte de compravenda), de manera que el bé sí que presenta aquella dependència funcional. Tot i poder parlar,

18. Sobre la jurisprudència relativa al dit principi, vegeu LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, «La conformitat del dret català a l'europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de dret no conforme», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 22 (2020), p. 140 i seg.

19. Vegeu Esther ARROYO AMAYUELAS, «Entra en vigor el Real decreto ley 7/2002 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 41/2022, p. 16 i seg. El TJUE, en la Sentència del 16 de setembre de 2021 (C-410/19, cas *Software Incubator*) ja havia qualificat com a «venta de mercancías» el subministrament electrònic d'un programa informàtic acompanyat d'una llicència d'ús de caràcter indefinit, tot plegat a canvi d'un preu. Ho va fer a l'efecte d'aplicar la Directiva (UE) 86/653, del 18 de desembre, «relativa a la coordinación de los derechos de los estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes».

en tots aquests casos, de compravenda, el règim jurídic no serà sempre el mateix. El component immaterial dels «béns amb elements digitals» restarà sotmès a les regles de la compravenda, ja siguin generals, ja siguin especials per raó d'aquesta categoria (vegeu l'art. 621-10.1, *in fine*, CCCat, que vincula el *lliurament del bé* a l'*accessibilitat* de l'element digital; l'art. 621-20.6 CCCat, relatiu a les actualitzacions exigibles; l'art. 621-21.1.b CCCat, quant a les instruccions d'instal·lació facilitades pel proveïdor de l'element digital, i els art. 621-23.2 i 621-24.2 CCCat, en matèria, respectivament, de termini de garantia i presumpció de la manca de conformitat).^{20,21} Els continguts digitals (diguem-ne, *autònoms*) resten sotmesos *abans i preferentment* a les regles de la compravenda, és a dir, al règim previst en la secció quarta del capítol I del títol II del llibre sisè CCCat; les normes que s'hi preveuen obeeixen a la incorporació, al dret català, de la Directiva 2019/770. Cal recordar que aquest text imposa una disciplina general aplicable a determinats contractes, prescindint de quina sigui la seva eventual tipificació interna concreta (considerant 12 Dir. 2019/770). De fet, la identificació d'aquests contractes es duu a terme a partir de dos requisits que no prejuten el tipus

20. Cal fer notar que mentre que l'art. 621-24.2 CCCat fa referència a la presumpció de manca de conformitat «dels elements digitals», l'art. 621-23.2 CCCat es refereix al termini de garantia dels béns amb elements digitals de subministrament continuat durant un període superior als tres anys; en aquests casos i sense distingir entre el termini aplicable al component digital i l'aplicable al material, el termini es fa coincidir amb el del subministrament. Aquesta garantia abasta tota manca de conformitat que «es manifesti durant el període» del subministrament (art. 621-23.2, *in fine*, CCCat). En aquest precepte, doncs, basta aquesta *manifestació* per tal d'activar la responsabilitat del venedor. En canvi, segons la regla general (i, sistemàticament, la primera de l'art. 621-23 CCCat), la manca de conformitat no només s'ha de *manifestar* durant el període de garantia, sinó que ha de *ser present* en el moment del lliurament (art. 621-23.1 CCCat). La dita regla, que literalment només regeix en cas de béns sense elements digitals o de béns amb elements digitals de subministrament en un acte únic o de subministrament continuat durant un període inferior als tres anys (art. 621-23.2, *a contrario sensu*, CCCat), caldria, però, exigir-la igualment pel que fa al component material dels béns de l'art. 621-23.2 CCCat; o, dit altrament, prescindint de la modalitat o la durada del subministrament del component digital, la manca de conformitat de l'element material cal que existeixi sempre «en el moment del lliurament del bé o de la seva completa instal·lació» (art. 621-23.1 CCCat). Només interpretant-ho així es pot fer una interpretació del dret català conforme al dret europeu. En concret, l'art. 10.1 Dir. 2019/771 estableix aquell requisit sense excepcions. I, també a fi de procurar l'avinença de l'art. 621-23 CCCat amb l'art. 10.2 Dir. 2019/771, pel que fa als béns de subministrament continuat durant un període inferior als tres anys caldria proclamar la responsabilitat del venedor per tota manca de conformitat de l'element digital que es manifesti durant el període de garantia (que són tres anys [art. 621-23.1 CCCat]), sense necessitat que estigui present en el moment del lliurament (vegeu, pel que fa a aquesta reinterpretació dels art. 621-23.1 i 621-23.2 CCCat, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS i MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales»).

21. Pel que fa al compliment específic de l'obligació de garantir la conformitat del bé, l'art. 621-37.1a CCCat inclou, juntament amb la reparació i la substitució, «qualsevol altra mesura de correcció». Aquesta expressió facilita l'aplicació del remei, entre d'altres, als components digitals que, a fi d'ésser conformes al contracte, estrictament no poden ni ser reparats ni ser substituïts (vegeu, quant a la manca de tipificació de les mesures correctores aplicables als productes digitals, l'art. 13 i el considerant 63 Dir. 2019/770).

contractual i que, per tant, poden tenir presència sigui quin sigui aquest tipus. Els dits elements són: per una banda, que una part s'obligui a subministrar a l'altra continguts o serveis digitals; per l'altra, que la causa contractual sigui onerosa, de tal manera que, a canvi d'aquells productes, l'adquirent es compromet a pagar un preu o a autoritzar l'ús de dades personals. El legislador català ha optat per incorporar aquelles regles a tall, també, de règim o disciplina general (vegeu l'exposició de motius del Decret llei 27/2021, ap. III, 1r par.). La preferència d'aquestes regles a les que puguin correspondre al tipus concret de contracte atorgat (així, en el nostre cas, a les de la compravenda) esdevé la manera tècnica d'ajustar el negoci, sigui com sigui, a la disciplina que imposa la Directiva 2019/770; en qualsevol cas, la presència d'aquells dos requisits mena als articles 621-67 i següents CCCat. Si de cas, l'article 621-67.2 CCCat (que es remet al règim de la compravenda quant a tot el que no està previst en la secció quarta) permet formular una qüestió afegida i relativa a quines normes corresponents al contracte de compravenda poden acabar aplicant-se, en virtut d'aquella remissió, a un contracte que, de fet, ja és de compravenda (però de continguts digitals). El dubte és, aleshores, si escauria aplicar, a aquests elements autònoms, les regles específiques dels components digitals (art. 621-10.1, *in fine*, 621-20.6, 621-21.1b, 621-23.2 i 621-24.2 CCCat). Però es tracta d'un dubte més aparent que real, atès que d'allò tractat en les dites normes (lliurament i terminis) ja se n'ocupen els articles 621-67 i següents CCCat, de manera que, d'entrada, sobre aquestes mateixes qüestions no hi ha espais no regulats que avalin la remissió a les regles de la compravenda.²² Convé insistir, però, que l'ampliació de l'àmbit objectiu de la compravenda als béns immaterials no és, *tout court*, una exigència europea (encara que es tracti d'una mesura implementada aprofitant l'avinentsa de la transposició de la Directiva 2019/771). Tampoc no calia, pel que fa al règim dels béns amb elements digitals, generalitzar les seves regles, i també s'ha fet. Aquesta generalització és subjectiva, és a dir, per molt que la Directiva 2019/771 inclogui els contractes de compravenda de béns amb elements digitals atorgats entre professionals i consumidors, en el CCCat el règim específic d'aquesta modalitat de béns s'aplica amb caràcter general, prescindint de la condició o qualitat de les parts contractants.²³ Cal apreciar, també, una generalització objectiva: la lectura

22. Tot i així, en matèria d'actualitzacions l'art. 621-7 CCCat es remet, a propòsit dels criteris de conformitat, a l'art. 621-20 CCCat. Tot i així, en matèria d'actualitzacions l'art. 621-71 CCCat es remet, a propòsit dels criteris de conformitat, a l'article 621-20 CCCat. L'art. 621-20.6 CCCat, relatiu a les actualitzacions exigibles als elements digitals del bé mixt, es podria aplicar, per analogia, als elements digitals comprats de manera autònoma.

23. Això no exclou, però, que als béns amb elements digitals se'ls acabin aplicant normes (que inicialment no es reserven a aquesta categoria) que només es reserven a la compravenda de consum. La lectura dels art. 621-24.2 i 621-24.3 CCCat n'ofereix un exemple: per molt que la regla general (i aplicable prescindint de la condició de consumidor del comprador) en matèria de presumpció de conformitat en cas de compravenda de béns amb elements digitals sigui l'art. 621-24.2 CCCat, si el dit bé és de segona mà i la

conjunta dels articles 621-1.1 (que esmenta només algunes modalitats de «béns», però sense distingir entre els mobles i els immobles), 621-1.2c (que tampoc no imposa la necessària naturalesa moble del component material) i 511-2.2c CCCat (que atribueix naturalesa immobiliària als «béns mobles incorporats de manera fixa a un bé immoble del qual no poden ésser separats sense que es deteriorin») permet pensar en supòsits de béns immobles amb elements digitals.²⁴

Reprenent l'article 621-3.2c CCCat, convé ara plantejar-se si es tracta d'una definició d'abast general²⁵ o bé només és aplicable a propòsit del contracte de compravenda. Dit altrament: ¿el contracte en virtut del qual una part cedeix a una altra, onerosament i durant un període, només l'ús d'un bé que incorpora o s'interconnecta amb continguts o serveis digitals, permet parlar, en el dret català, de contracte d'arrendament d'un «bé amb elements digitals»? D'entrada, no hi veiem inconvenient.

2. DADES DES DE LA REGULACIÓ EUROPEA DELS ELEMENTS DIGITALS

Interessa valorar si, a propòsit de la conformitat del bé amb element digital al contracte d'arrendament, el dret europeu imposa alguna regla o, per al cas que no ho faci, si igualment hom pot detectar alguna inspiració europea de cara a confegir un règim intern aplicable al cas. Per a començar, però, cal analitzar si el dit ordenament fa ús o avala l'aplicació de la categoria de «bé amb elements digitals» al marge del contracte de compravenda i quin rastre hi ha, en aquesta mateixa legislació, del contracte d'arrendament.

compravenda és de consum, la norma aplicable serà l'art. 621-24.3 CCCat, el qual no distingeix en funció de si es tracta o no d'un bé de naturalesa mixta, sinó que, en canvi, ho fa segons si el bé és o no de segona mà, i estableix una regla específica per al cas de la compravenda de consum.

24. Pensem, per exemple, en un jacuzzi, un sistema de climatització o un de vigilància, amb prestacions o elements controlables des del mòbil, que es troben ja instal·lats o incorporats a l'immoble objecte del contracte de compravenda.

25. La incorporació de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771 al dret estatal per mitjà del Reial decret llei 7/2021, del 27 d'abril (vegeu-ne l'art. 16), passa per la incorporació al text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris (Reial decret llei 1/2007, del 16 de novembre) d'un seguit de definicions en el seu art. 59 *bis* que ho són «[a] los efectos de este libro [...]», de tal manera que: en primer lloc, aquest llibre, el segon, és el reservat a «Contratos y garantías» i resulta aplicable, quant a les seves disposicions generals, a tots els contractes amb consumidors; en segon lloc, l'art. 59 *bis.1a* defineix «[b]ienes con elementos digitales» reproduint l'art. 2.5b Dir. 2019/771.

2.1. UN CONCEPTE GENERAL DE BÉ AMB ELEMENTS DIGITALS. EL CONTRACTE D'ARRENDAMENT DE BÉNS COM A CONTRACTE DE SERVEIS

L'article 2 de la Directiva 2019/771 (com fa també l'art. 2 Dir. 2019/770) defineix determinades categories jurídiques *als seus efectes* («[a] efectos de la presente Directiva [...]»), és a dir, ho fa instrumentalment de cara a facilitar la interpretació i l'aplicació de la resta de l'articulat. Segons el considerant 21 de la Directiva 2019/771, el legislador intern pot fer arribar l'àmbit subjectiu de les normes nacionals d'incorporació a subjectes que no encaixen en la definició europea de «consumidor» (art. 2.2 Dir. 2019/771); això és tant com dir que el concepte intern de *consumidor* pot ser més ampli que l'europeu, sense que es comprometi per aquest motiu la conformitat del dret nacional a l'europeu, perquè tot allò que no està comprès dins de l'àmbit d'aplicació de les directives és àmbit no uniformitzat i, en conseqüència, és de lliure regulació pel dret intern. Es pot recórrer al mateix argument de cara a avalar una extensió interna objectiva, que faria arribar la regulació interna a més contractes dels previstos en els textos europeus o a contractes que recauen sobre un ventall més ampli de béns.²⁶ Tot plegat porta a concloure que, per la mateixa raó (que és que no es malmet l'avinença de la norma nacional amb l'europea), res no impedeix fer un ús intern d'una categoria jurídica *europea* al marge o més enllà de l'àmbit normatiu en el qual el legislador europeu la utilitza. Cal fer notar, però, que, pel que fa a la categoria de «bé amb elements digitals», aquest àmbit normatiu no es limita a les directives 2019/771 i 2019/770. En l'article 2.3 de la Directiva (UE) 2011/83, del Parlament Europeu i del Consell, del 25 d'octubre de 2011, «sobre derechos de los consumidores», la definició de *béns* es remet a la definició de l'article 2.5 de la Directiva 2019/771, que inclou els «bienes con elementos digitales». D'aquesta manera, el concepte sobrepassa l'àmbit de les normes que disciplinen la conformitat de la prestació al contracte i és present també, i de manera expressa, en la directiva que regula, entre d'altres, els deures precontractuals d'informació, l'execució del contracte i tot allò relatiu als contractes (siguin del tipus que siguin) atorgats a distància o fora d'un establiment mercantil. El caràcter exprés de la previsió revela la intenció ferma del legislador europeu de promoure la categoria. Tot i així, també és cert que, partint de la constatació elemental que un bé amb element digital és, abans que res i per sobre de tot, un bé,²⁷ tampoc no hi ha cap obstacle, d'entrada, a fer sempre una interpretació àmplia del terme, és a

26. Rebla aquesta possible ampliació objectiva interna, per exemple, el considerant 13 Dir. (UE) 2011/83, del Parlament Europeu i del Consell, del 25 d'octubre de 2011, «sobre derechos de los consumidores». S'hi esmenta, en concret, la possible qualificació nacional com a «contracte a distància» d'algun negoci que, segons el dret europeu, no s'ajusti a aquesta modalitat contractual.

27. K. SEIN, «Good with digital elements and the interplay with Directive 2019/771 on the sales of goods» (en línia), SSRN, 30 de gener de 2020, <<https://ssrn.com/abstract=3600137>> (consulta: 15 setembre 2022): «A smart good is still a good, even if it's smart».

dir, a entendre que parlar de «béns» implica parlar de qualsevol de les seves possibles modalitats (àdhuc dels béns amb elements digitals) encara que no se'n faci menció expressa.²⁸ A vegades, en especial en els supòsits en què la norma inclou tant «béns» com «continguts digitals» i/o «serveis digitals» (per exemple, art. 2.5, 2.11 i 2.16 Dir. 2011/83), aquell caràcter exprés estalvia dubtes quant a si el component digital es regeix per les regles dels béns o per les dels continguts i serveis digitals.

Què es pot dir, en canvi, del contracte d'arrendament en el dret europeu? El negoci no s'hi tipifica (ni, per tant, s'hi regula en particular, ni tan sols parcialment).²⁹ Sí que s'esmenta; per exemple, en l'article 3.3f de la Directiva 2011/83 («La presente Directiva no se aplicará a los contratos: [...] el alquiler de alojamiento para su uso como vivienda»)³⁰ o en els articles 4c i 4d del Reglament (CE) núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, del 17 de juny de 2008, «sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales» (que inclouen «el arrendamiento de un bien inmueble»). En matèria de tipificació contractual en el dret europeu, és molt aclaridora la distinció, bàsica, que procuren els articles 2.5 i 2.6 de la Directiva 2011/83; el primer tipifica el contracte de compravenda,³¹ de tal manera que el negoci que no hi encaixi serà,

28. Es podria aplicar la regla segons la qual si la llei no distingeix, no cal distingir. Vegeu, quant a aquella interpretació àmplia, per exemple, Ulrich MAGNUS, «Article 4», a Ulrich MAGNUS i Peter MANKOWSKI, *European commentaries on private international law: Commentary*, vol. 2, *Rome I Regulation*, Colònia, Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 281; l'autor, a propòsit del terme *béns* en l'art. 4 del Reglament Roma I, defensa que cal que inclogui continguts digitals («The same is true for standard software or other digital products [...]»). En la Dir. 2005/29/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 de maig de 2005, «relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior», el terme emprat és «producto», que es defineix com «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, los servicios digitales y el contenido digital [...]» (art. 2c Dir. 2005/29/CE).

29. És una regulació només parcial de la compravenda la que deriva de la Dir. 2019/771, relativa, només, a *determinats aspectes* del contracte, per la qual cosa els dits aspectes es reconduïxen a l'obligació de garantir la conformitat del bé al contracte.

30. Els precedents de la menció s'han de cercar en l'art. 2a Dir. 85/577/CEE, del Consell, del 20 de desembre de 1985, «relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» (que, entre altres contractes, parla dels «de alquiler de bienes inmuebles»), i en l'art. 3.1 Dir. 97/7/CE, del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de maig de 1997, «relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia» (que esmentava l'«arriendo»). Es pot consultar també el considerant 26 Dir. 2011/83.

31. Ho fa en els termes següents: «[...] todo contrato en virtud del cual el comerciante transmita o se comprometa a transmitir la propiedad de bienes al consumidor, incluido cualquier contrato que tenga por objeto tanto bienes como servicios». Aquesta definició obeeix a la reforma de l'art. 2 Dir. 2011/83 en virtut de l'art. 4 Dir. (UE) 2161/2019, del Parlament Europeu i del Consell, del 27 de novembre de 2019. A diferència de la versió original, en la redacció vigent no s'esmenta el preu, que, en canvi, sí que és present en la definició que també inclou de *contracte de compravenda* l'art. 2.1 Dir. 2019/771 (que, al seu torn, no té present el supòsit de contracte mixt de l'art. 2.5, *in fine*, Dir. 2011/83). Cal assenyalar que és la versió original de la definició que preveia l'art. 2.5 Dir. 2011/83 la que es reproduïx en altres textos (per exemple,

d'entrada, un contracte de serveis (que es defineix com «todo contrato, con excepción de un contrato de compraventa, en virtud del cual el comerciante presta o se compromete a prestar un servicio, incluido un servicio digital, al consumidor»³²). D'acord amb aquest esquema dual bàsic, el contracte d'arrendament de béns és un contracte de serveis, i el servei s'identifica amb l'actuació o la conducta consistent a facilitar i permetre a l'arrendatari l'ús del bé.³³

2.2. L'ARRENDAMENT DE BÉNS AMB ELEMENTS DIGITALS, LA DIRECTIVA 2019/770 I EL SUBMINISTRAMENT CONTINUAT

En una aproximació elementalíssima, hom podria dir que, atès que la Directiva 2019/771 només considera el contracte de compravenda, el legislador intern és plenament lliure a l'hora d'establir les regles a les quals cal subjectar el contracte d'arrendament de béns amb elements digitals. En aquest escenari, tant pot inspirar-se en les dels articles 621-1 i següents CCCat (i, en concret, en les que conformen el règim de la conformitat), com pot no fer-ho. No es pot oblidar la Directiva 2019/770 en aquesta anàlisi. Convé reprendre el seu considerant 33, que, per al cas d'un contracte únic que inclogui elements del contracte de subministrament de continguts o serveis digitals i elements d'un altre tipus contractual, imposa l'aplicació de les regles europees «únicamente a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de contenidos o servicios digitales». A partir d'aquí, el raonament és: prescindint de si aquest contracte global es tipifica (i, si és el cas, com es fa) o no en el dret intern, la sola presència d'un subministrament oneros d'un producte digital (sigui contingut, siguin serveis digitals) basta per a argumentar que el dit element digital se situa dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2019/770 i de les regles que l'han incorporat al dret català. L'article 3.4 de la Directiva 2019/770 fa dubtar, d'entrada, d'aquesta

en l'art. 4.1c Dir. (UE) 2013/11, del Parlament Europeu i del Consell, del 21 de maig de 2013, «relativa a la resolució alternativa de litigios en materia de consumo»).

32. Aquesta definició també deriva de l'art. 4 Dir. 2161/2019. Les versions vigents dels art. 2.5 i 2.6 Dir. 2011/83 permeten fer notar que, ara per ara, escapa d'aquesta tipificació dual el contracte de subministrament de *continguts digitals*.

33. Aquesta sistemàtica no coincideix amb la que resulta de l'anomenat marc comú de referència (vegeu Hugh VON BAR, Eric CLIVE i Hans SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles: Definitions and model rules of a European private law: Draft common frame of reference*, Munic, Sellier. European Law Publishers, 2008, p. 191 i seg.). El contracte d'arrendament de béns es regula separatament i abans del contracte de serveis (vegeu, per a «lease of goods», l'art. IV.B.-1:101 i seg. del *Draft Common frame of reference*; per a «services», l'art. IV.C.-1:101 i seg.). S'extreu la mateixa conclusió arran del considerant 12 Dir. 2019/770, que, a propòsit de la manca de tipificació dels contractes de subministrament, assenyalava que «[...] la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de *servicios*, de *alquiler* o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del derecho nacional» (la cursiva és nostra).

conclusió perquè expressament exclou de l'àmbit d'aplicació del text els anomenats *béns amb elements digitals*; ara bé, no es tracta d'una exclusió absoluta, que regeixi sempre. L'article 3.4 de la Directiva 2019/770 és el revers de l'article 3.3 de la Directiva 2019/771 i per això esdevé, de fet, una norma que recorda que el règim de la conformitat, si es tracta d'una compravenda de béns amb elements digitals, és el de la Directiva 2019/771, tant pel fa que al component material com al digital. La Directiva 2019/770 no pot regular allò que ja queda regulat per la Directiva 2019/771. Però, aleshores, si el contracte no és de compravenda, la conseqüència és que no regeix l'exclusió de l'article 3.4 de la Directiva 2019/770. El paràgraf primer de l'article 3.6 de la Directiva 2019/770 aporta un nou argument a fi d'identificar el supòsit d'arrendament d'un bé amb element digital com a contracte únic complex (per raó de la complexitat de l'objecte sobre el qual recau).³⁴ La norma ve a dir que, *deixant de banda allò previst en l'article 3.4* (que és el que exclou íntegrament els béns amb elements digitals contractats en virtut d'una compravenda), caldrà sotmetre el producte digital a les regles de la Directiva 2019/770. El cas que es descriu en l'article 3.4 es revela, d'aquesta manera, un supòsit dels esmentats en l'article 3.6 (de contractació única i complexa), però que, pel que fa al règim que s'imposa a aquest darrer (que és l'aplicació de la Dir. 2019/770 a l'element digital), n'esdevé una excepció.³⁵

Si no regeix l'exclusió de l'article 3.4 de la Directiva 2019/770, aleshores el dret intern *ha de subjectar* el component digital del bé mixt a les normes que resulten de la dita directiva. D'això se'n deriven dues conseqüències. La primera és que resten sotmesos a la Directiva 2019/770 tant els components digitals del bé mixt llogat com els elements digitals (autònoms) que es faciliten per mitjà «de un soporte material que sirva exclusivamente como portador» i sobre els quals s'ha atorgat un contracte d'arrendament (art. 3.3 Dir. 2019/770). La vinculació funcional existent entre el component material i el digital, i la unitat contractual no basten, en el primer cas, per a esquivar les regles de la Directiva 2019/770. En el segon, tampoc no permet descuidar-la el fet que el contingut digital *es contingui* i s'hi accedeixi per mitjà d'un suport material. La segona conseqüència és que el component digital del bé mixt arrendat s'ha de regir, almenys pel que fa a la conformitat de l'element digital, per regles totalment o parcialment distintes de les aplicables en cas de compravenda del mateix bé; la distinció mena, novament, a les diferències de règim que resulten segons si els elements digitals *es compren juntament* amb el bé que els enclou o que s'hi interconnecta, o si passa que: o bé no hi ha cap contracte de compravenda, o

34. L'expressió que empra l'article és molt gràfica: «[...] cuando un único contrato entre el mismo empresario y el mismo consumidor incluya en *un paquete* elementos del suministro de contenidos o servicios digitales y elementos del suministro de otros servicios o bienes [...]» (la cursiva és nostra).

35. En aquesta mateixa línia, vegeu Dirk STAUDENMAYER, «Article 3 Dir. 2019/770», a Reiner SCHULZ i Dirk STAUDENMAYER (ed.), *EU digital Law: Article-by-article commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2020, p. 78.

bé es compra el bé però els elements digitals funcionalment vinculats es contracten separatament, o bé no hi ha vinculació funcional. És cert que el fet que les regles que s'han d'aplicar siguin diferents en funció de si l'element digital es compra o es lloga, obeeix a la lògica més elemental que es tracta de contractes diferents: una cosa és comprar i una altra, arrendar o llogar. Però la diferència entre contractar per a pretendre esdevenir propietari (o titular) del bé i contractar per a obtenir-ne només l'ús durant un determinat període, no sempre justifica prou que algunes regles, moltes o poques, siguin distintes.³⁶

La conclusió anterior permet encetar un altre debat: si realment la generalitat de la Directiva 2019/770 s'avé amb qualsevol tipus de contracte o, dit altrament, si les regles que s'hi preveuen són susceptibles d'assolir una aplicació general, a tots els contractes, sense que l'entorpeixi la naturalesa específica del que s'hagi atorgat. Que, com a mínim, és un règim adaptable, ho rebla, a propòsit de les actualitzacions exigibles als elements digitals, l'article 8.2a de la Directiva 2019/770, que fa dependre el període d'exigibilitat de, entre altres circumstàncies, «la naturaleza del contrato». En canvi, el considerant 56 i el paràgraf segon de l'article 11.2 de la Directiva 2019/770, per exemple, posen en dubte aquell caràcter general. El paràgraf segon de l'article 11.2 de la Directiva 2019/770 estableix que, per al cas que el dret intern consideri un termini de garantia del producte digital subministrat en un acte únic o en actes individuals, aquest termini no pot tenir una durada inferior als dos anys d'ençà del subministrament. Cal fer notar la semblança del precepte amb l'article 10.1 de la Directiva 2019/771 quant a la durada mínima del termini de garantia, que el legislador intern formalment també pot preveure a propòsit dels béns objecte del contracte de compravenda: també és de dos anys. La raó d'aquesta identitat de regles s'ha de cercar en el considerant 56 de la Directiva 2019/770, relatiu al producte digital subministrat en un acte únic i segons el qual «[e]l elemento distintivo de esta categoría de contenidos o servicios digitales es el hecho de que los consumidores tienen posteriormente la posibilidad de acceder a los contenidos o servicios digitales y de utilizarlos *indefinidamente*» (la cursiva és nostra). S'està pensant, per tant, en un supòsit d'ús indefinit com el que, si el bé és material, proporciona el contracte de compravenda al comprador; en aquest cas, la transmissió de la propietat enclou, entre d'altres, la de la facultat de fer ús d'aquell objecte. El legislador europeu, a l'efecte d'aquell termini mínim, ha considerat que ambdós supòsits són equiparables i, doncs, que el dit termini coincideix. La qüestió que es planteja és que el subministrament en un acte únic pot obeir a un contracte de durada, com un arrendament. El fonament de la durada mínima que imposa el paràgraf segon de l'article 11.2 de la Directiva 2019/770 aleshores decau perquè l'ús no es

36. Un exemple prou vistent és el deure de cooperació de l'art. 12.5 Dir. 2019/770, inexistent en la Dir. 2019/770. I, al marge de la conformitat, l'art. 19 Dir. 2019/770 avala que els components digitals llogats es poden modificar, però no els que es compren.

preveu indefinit (o, almenys, no tan indefinit com el que resulta d'una compravenda). En aquest context, reprendre la naturalesa del contracte d'arrendament de béns com un contracte de serveis afavoreix un altre plantejament. Convé fixar-se, aleshores, en l'actuació deguda de l'arrendador, entesa com una actuació que ha de ser continuada en el temps perquè, *mentre duri* el contracte, l'arrendador ha de facilitar l'ús com-promès. Des d'aquesta perspectiva, encara que l'element digital del bé mixt se subministri en un acte únic (en el sentit que basti un únic acte per tal que l'arrendatari hi tingui accés), l'ús (temporal) que se'n podrà fer tindrà com a raó última el *fer* continuat de l'arrendador consistent a permetre el dit ús. I, tot plegat, permet convertir *sempre* el producte digital en objecte d'un subministrament continuat. I, quant a aquesta modalitat, convé destacar alguns aspectes del seu règim jurídic:

— En primer terme, el paràgraf primer de l'article 11.3 de la Directiva 2019/770 estableix que el professional és responsable de totes les manques de conformitat que es produeixin o es manifestin durant el termini de durada del subministrament. Aquest règim no coincideix amb el previst en l'article 11.2 de la Directiva 2019/770, que tracta només del subministrament en un acte únic o en actes separats. La primera diferència entre l'un i l'altre és que en l'article 11.3 de la Directiva 2019/770 no es preveu, avalant-la, una possible limitació en el temps del termini de garantia per part del legislador intern; la garantia es perllonga, sense excepció, al llarg del termini del subministrament.³⁷ En canvi, l'article 11.2 de la Directiva 2019/770, com que estableix que si el dret intern preveu un límit temporal cal que, com a mínim, sigui de dos anys a comptar del subministrament, permet tant la inexistència de terminis de garantia als ordenaments nacionals,³⁸ com que la responsabilitat del professional només escaigui si la manca de conformitat es manifesta en un període només uniformitzat quant a la seva durada mínima. La segona diferència és que en l'article 11.2 de la Directiva 2019/770 la manca de conformitat cal que *existeixi* en el moment del subministrament i que *es manifesti* durant el període de garantia, mentre que en l'article 11.3 de la Directiva 2019/770 n'hi ha prou que «se produzca o manifieste» durant el termini del subministrament. Aquest doble paràmetre permet que es pugui reclamar per aquelles

37. La *garantia* es perllonga durant tot aquest període encara que no se l'identifiqui, en el dret intern, com a *termini de garantia*. És per això que el paràgraf segon de l'art. 11.3 de la Dir. 2019/770 estableix que si els remeis per manca de conformitat *només* estan subjectes a un termini intern de prescripció (per tant, sense preveure formalment un termini de garantia), aquest termini ha de permetre reclamar «por cualquier falta de conformidad que se produzca o manifieste durante el período indicado en el párrafo primero» (o durada del subministrament).

38. Avala també aquesta opció el paràgraf tercer de l'art. 11.2 de la Dir. 2019/770 (paral·lel al paràgraf segon de l'art. 11.3 de la Dir. 2019/770 [vegeu *supra* nota 37]), que admet que el dret intern *només* estableix terminis de prescripció («[s]i, en virtud del derecho nacional, los derechos previstos en el artículo 14 también están sujetos o sólo están sujetos a un plazo de prescripción [...]»).

manques de conformitat que es van *produir* durant el subministrament però es van mantenir ocultes i no es van manifestar fins esgotat el subministrament.³⁹

Per altra banda, si hom compara els articles 11.3 de la Directiva 2019/770 i 10.2 de la Directiva 2019/771 (relatiu a la compravenda de béns amb elements digitals de subministrament continuat), detecta que, també en el segon, la responsabilitat del venedor per manca de conformitat de l'element digital s'activa si aquesta manca *es produeix o es manifesta* durant el termini de garantia. També en el segon la durada del subministrament funciona tècnicament com a termini de garantia, però només si el subministrament és continuat durant un període de dos o més anys (art. 10.2, *in fine*, Dir. 2019/771). D'aquí prové la primera diferència: la regla de l'article 11.3 de la Directiva 2019/770 és única, sense distingir en funció de la durada del subministrament continuat, mentre que l'article 10.2 de la Directiva 2019/771 demana fixar-s'hi. I de la distinció que se'n fa segons si el termini és o no superior als dos anys a comptar del lliurament del bé, en resulta que, si és inferior, l'article 10.2 de la Directiva 2019/771 imposa igualment la garantia durant «dos años a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales». En l'article 11.3 de la Directiva 2019/770 no hi ha cap esletxa que permeti excedir el termini del subministrament. La segona diferència obeeix a la llibertat que l'article 10.3 de la Directiva 2019/771 dona als legisladors interns de cara a ampliar els terminis de garantia (que, per tant, són mínims) previstos en els articles 10.1 i 10.2 de la Directiva 2019/771. Això vol dir que el termini de garantia del component digital de subministrament continuat durant un període inferior als dos anys pot excedir aquests dos anys, i que si el subministrament es compromet durant dos anys o més, la garantia pot excedir aquesta durada. No hi ha, en la Directiva 2019/770, cap norma semblant a l'article 10.3 de la Directiva 2019/771.

— En segon terme, l'article 12.3 de la Directiva 2019/770 atribueix al professional la càrrega d'acreditar la conformitat del producte digital subministrat de manera continuada si la manca de conformitat *s'ha manifestat* dins del període del subministrament.⁴⁰ Això és tant com dir que, provada aquesta manifestació per part del consumidor,

39. Fan notar, críticament, que en aquests casos no hi ha termini màxim per a la manifestació, Beate GSELL i Rodrigo ARALDI, «Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre contrato de compraventa de bienes», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2 [2020], p. 484, 485 i 487.

40. Per la seva banda, l'art. 12.2 Dir. 2019/770, a propòsit de la manca de conformitat del producte digital subministrat en un acte únic o en actes separats, atribueix al professional la càrrega de la prova de la conformitat de l'element digital en el moment de subministrar-lo, sempre que la dita manca de conformitat es manifesti durant l'any següent al subministrament. No hi ha possibilitat d'ampliar aquest darrer terme, com, en canvi, sí que preveu (i fins als dos anys) l'art. 11.2 Dir. 2019/771. En la Dir. 2019/771 tampoc no hi ha rastre de la inversió de les regles en matèria de la càrrega de la prova que també preveu l'art. 12 Dir. 2019/770, ja sigui per al cas que s'acrediti la incompatibilitat de l'entorn digital del consumidor amb

es presumeix que l'element digital es va subministrar no essent conforme, llevat que hi hagi una prova en sentit contrari aportada pel professional. La responsabilitat del professional, cal recordar, no s'activa només si la manca de conformitat es manifesta durant el subministrament, sinó que també és exigible si el que s'ha esdevingut en aquest període és, només, la *producció* de la manca de conformitat, encara que s'hagi mantingut oculta (art. 11.3, par. 1, Dir. 2019/770).⁴¹ En aquests casos, no regeix la regla de l'article 12.3 de la Directiva 2019/770 i, per tant, és el consumidor qui ha d'acreditar no només la manca de conformitat, sinó que el producte digital ja es va subministrar sense ser conforme al contracte. La regla és pràcticament semblant a la que també preveu l'article 11.3 de la Directiva 2019/771:

[...] la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el artículo 10, apartado 2, recaerá en el vendedor cuando la falta de conformidad se manifieste en el período señalado en dicho artículo.

L'element distintiu és que el període de l'article 10.2 de la Directiva 2019/771 només coincideix amb el període del subministrament si aquest darrer té una durada superior als dos anys; en qualsevol altre cas, aquell període és un període de garantia que sobrepassarà el del subministrament.⁴²

els elements digitals, ja sigui per raó de la manca de cooperació del consumidor de cara a verificar la compatibilitat del seu entorn digital.

41. Un cas de *producció* d'una manca de conformitat que s'hauria mantingut oculta durant el subministrament seria el d'un contingut digital que s'acredita que es va comercialitzar amb alguna funció o aplicació defectuosa però el consumidor no la va detectar durant el subministrament perquè no l'emprava, per la qual cosa es va assabentar de la manca de conformitat després (Beate GSELL i Rodrigo ARAUDI, «Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos», p. 485).

42. Aquesta eventual no coincidència entre el termini de garantia i la durada del subministrament trasllueix també en l'art. 7.3b Dir. 2019/771, d'acord amb el qual s'han de facilitar al consumidor les actualitzacions que escaiguin de cara a mantenir la conformitat de l'element digital durant el termini de garantia, que es fa coincidir amb el termini del subministrament en funció de si aquest darrer excedeix o no els dos anys. En aquest particular, el règim de l'art. 7.3b Dir. 2019/771 s'equipara plenament amb el de l'art. 8.2b Dir. 2019/770 i contrasta amb el de l'art. 7.3a Dir. 2019/771 (i, de retruc, amb el de l'art. 8.2a Dir. 2019/771), relatiu al període durant el qual són exigibles les actualitzacions dels elements digitals de subministrament en un acte únic; aquest període és el que «el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato». Aquesta disciplina mereix dos comentaris. El primer destaca que el fet que no es consideri un termini concret d'exigibilitat permet plantejar si és possible que el dit termini excedeixi el de garantia (art. 10.2 Dir. 2019/771) i, si és que sí (com sembla que admet el considerant 47 Dir. 2019/770), com es podrà aleshores fer valer (sobre la qüestió, vegeu Lúcia ARNAU RAVENTÓS i Mariló GRAMUNT FOMBUENA, «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales», que destaquen que el criteri objectiu de la conformitat consistent en la *durabilitat* del bé [art. 7.2d Dir. 2019/771] suggereix una qüestió semblant). El segon és que, mentre que fer dependre la de-

3. DADES DES DE LA PROJECTADA REGULACIÓ CATALANA DEL CONTRACTE D'ARRENDAMENT DE BÉNS

No hi ha, en l'Avantprojecte de llei del contracte d'arrendament de béns, cap referència als béns amb elements digitals. La raó d'aquest silenci potser és que no cal. En aquest sentit, es podria indicar el que segueix:

— En primer terme, l'article 623-3 d'aquell text, relatiu a l'«Objecte», preveu que el contracte pot recaure sobre béns mobles no consumibles dels quals es pot fer un ús durador, o sobre béns immobles. Si la categoria de «béns amb elements digitals» es correspon amb una modalitat o un tipus més de bé, que hom pot predicar de manera transversal (tant si el component material té naturalesa mobiliària com si la té immobiliària), no sembla que hi hagi cap obstacle a l'hora d'admetre que el contracte pugui recaure sobre un bé complex o mixt d'aquella classe.

— En segon terme, l'aplicació al cas de l'article 621-67.1 CCCat ja determina, per si sola (sense necessitat de cap norma que s'hi remeti), que al component digital del bé llogat li siguin aplicables, preferentment, les regles de la secció quarta del capítol I del títol II del llibre sisè del CCCat. D'aquesta manera, per exemple, els criteris de conformitat seran els de l'article 621-70 CCCat (que mena als de l'art. 621-20 CCCat), i no pas els de l'article 623-17 de l'Avantprojecte. Efectivament, aquest darrer desenvolupa l'obligació de l'arrendador, anticipada en l'article 623-15.1 de l'Avantprojecte, de mantenir el bé d'acord amb el contracte durant tota la seva vigència. En l'article 623-17 de l'Avantprojecte, però, no es fa esment de les categories tecnològiques pròpies dels elements digitals, ni de les actualitzacions. L'aplicació preferent dels articles 621-67 i següents CCCat menarà a l'exigibilitat d'una determinada funcionabilitat, compatibilitat..., com a criteris de conformitat. Per altra banda, l'article 621-74.1 CCCat permetrà a l'arrendatari reclamar per les manques de conformitat del component digital que s'hagin produït (encara que no s'hagin manifestat) durant la vigència del contracte. Si el contracte és de consum, escaurà igualment aplicar la presumpció de l'article 621-74 CCCat o, en fi, reconèixer la legitimació per a modificar els elements digitals d'acord amb l'article 621-70 CCCat.⁴³

terminació del dit termini, entre altres circumstàncies, de la *naturalesa del contracte* té sentit en el context d'una disciplina general com la continguda en la Dir. 2019/770, no s'acaba d'entendre del tot la presència d'aquest mateix criteri en l'art. 7.3a Dir. 2019/771, ja que el contracte sempre tindrà la naturalesa de compra-venda.

43. No es poden desconèixer les dificultats derivades de l'aplicació de la Dir. 2019/770, només, al component digital del bé llogat (considerant 33 i art. 3.6 Dir. 2019/770). Penseu en l'exemple següent: si el component digital no és conforme al contracte però aquesta manca de conformitat no s'arriba a corregir, l'art. 621-76.1 CCCat permet exigir la reducció del preu o la resolució del contracte (art. 621-76.1 i 621-40.1 CCCat), i s'aplicarà, pel que fa a les quantitats que s'han de restituir, l'art. 621-77.3 CCCat (vegeu, pel que fa a la restitució derivada de l'*actio quanti minoris*, l'art. 621-76.4 CCCat). L'Avantprojecte,

BIBLIOGRAFIA

- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «La implementació al dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (dir.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, 2021, p. 85-140.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «La conformitat del dret català a l'europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de dret no conforme». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 22 (2020), p. 107-146.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?». *Education and Law Review*, núm. 24 (2021), disponible en línia a <<https://doi.org/10.1344/REYD2021.24.36294>> [consulta: 15 setembre 2022].
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones». A: CÁMARA LAPUENTE, Sergio; ARROYO AMAYUELAS, Esther (dir.). *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 79-100.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia; GRAMUNT FOMBUENA, Mariló. «Cap a un dret català conforme a les directives (UE) 2019/770 i 2019/771. *Indret*», any 2022, núm. 1.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia; GRAMUNT FOMBUENA, Mariló. «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al derecho catalán». *Anuario de Derecho Civil* [en premsa].

que també considera la rebaixa de la renda i la resolució del contracte per manca de conformitat, exigeix que l'incompliment presenti una entitat rellevant. Així, l'art. 623-31*b* de l'Avantprojecte permet a l'arrendatari reduir el preu si, per manca de conformitat, l'ús acordat o esperat del bé ha disminuït *substancialment*; per la seva banda, l'art. 623-32.3 CCCat també vincula la resolució del contracte a una manca *substancial* de conformitat, ja sigui inicial (lletra *a*), ja sigui sobrevinguda (lletres *b*, *c* i *d*). Aquest caràcter substancial no s'exigeix, en canvi, a l'hora de reduir el preu o resoldre el contracte per manca de conformitat de l'element digital d'acord amb els art. 13 i 14 Dir. 2019/770. Per tant, en virtut del considerant 33 i l'art. 3.6 Dir. 2019/770, hauria de ser possible resoldre el contracte, només, *quant* als components digitals del bé llogat, encara que no hi hagi rastre d'aquella substancialitat. En aquestes circumstàncies (que dibuixen una resolució parcial del contracte), cal reprendre novament el considerant 33 Dir. 2019/770, que es remet al dret intern quant a la incidència que pugui tenir el remei interposat d'acord amb la Dir. 2019/770 en els altres elements del contracte (és a dir, quant al lloguer del component material). En el dret català no hi ha una norma que ho resolgui, tret que es defensi aplicar al supòsit, per analogia, l'art. 621-40.2 CCCat (que incorpora l'art. 16.2 Dir. 2019/771, relatiu a la manca de conformitat d'algun o alguns dels béns comprats); a la seva empara, la resolució podria ser total si el consumidor no volgués conservar el component material sense el digital.

- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «Entra en vigor el Real decreto ley 7/2002 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)». *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 41 (2022).
- BARCELÓ COMPTE, Rosa; RUBIO GIMENO, Gemma. «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto de intersección de la DCD y la DCV». *Indret*, any 2022, núm. 3.
- GSELL, Beate; ARALDI, Rodrigo. «Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre contrato de compraventa de bienes». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2 (2020).
- KALAMEES, Pia. «Goods with digital elements and the seller's updating obligation». *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, núm. 2/2021, p. 131-142.
- KALAMEES, Pia; SEIN, Karin. «Connected consumer goods: who is liable for defects in the ancillary digital service?». *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 18, núm. 1 (2019), p. 13-22.
- MAGNUS, Ulrich. «Article 4». A: MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter. *European commentaries on private international law: Commentary*, vol. 2, *Rome I Regulation*. Colònia: Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 270-295.
- MAK, Vanessa. *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*. Brussel·les: Parlement Européen, PE 566.494, 2016.
- MANKO, Rafal. *Contrats de fourniture de contenu numérique*. Brussel·les: Parlement Européen, PE 582.048, 2016.
- MISCHAU, Lena. «The concept of digital content and digital services in European contract law». *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 18, núm. 1 (2022), p. 6-13.
- SEIN, Karin. «Good with digital elements and the interplay with Directive 2019/771 on the sales of goods» [en línia]. SSRN, 30 de gener de 2020, <<https://ssrn.com/abstract=3600137>> [consulta: 15 setembre 2022].
- STAUDENMAYER, Dirk. «The directives on digital contracts: first steps towards the private law of the digital economy». *European Review of Private Law*, vol. 18, núm. 2 (2020), p. 219-250.
- STAUDENMAYER, Dirk. «Article 3 Dir. 2019/770». A: SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk (ed.). *EU digital law: Article-by-article commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2020.
- VANHERPE, Jozefien. «While smoke, but smoke nonetheless: some (burning) questions regarding the directives on sales of goods and supply of digital content». *European Review of Private Law*, vol. 18, núm. 2 (2020), p. 251-274.

WENDEHORST, Christiane. «Article 5». A: SCHULZE, Reiner (ed.). *Common European sales law: Commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012.

WENDEHORST, Christiane. *Sale of goods and supply of digital content—two worlds apart?* Brussel·les: Parlement Européen, PE 556.928, 2016.

JURISPRUDÈNCIA
I RESOLUCIONS

RECUILL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Rosa Barceló Compte
Professora lectora
Universitat de Barcelona

D'entre les diverses resolucions dictades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) durant el període que va des del juny del 2021 fins al juliol del 2022, mereixen una menció especial les que se sintetitzen a continuació, sobre les relacions personals, la prestació d'aliments entre parents, la compensació econòmica per raó de treball, la modificació de mesures, la cura dels fills, els efectes de la filiació, les obligacions per raó de l'habitatge, la personalitat jurídica, el dret a la quarta falcídia, la infiduciositat legitimària, el termini de prescripció i de còmput, la usucapió, la propietat horitzontal i les relacions de veïnatge.¹

1. DRET DE RELACIÓ PERSONAL

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) del 27 de setembre de 2021 (RJ/2021/5900) tracta de la qüestió relativa al dret que tenen els germans a relacionar-se entre si, establert per l'article 236-4.2 del Codi civil de Catalunya (CCCat). La sentència palesa que aquest dret no es veu limitat per l'absència de relació o de convivència prèvia ni depèn de cap grau d'intensitat fraternal existent anteriorment.

El dret dels germans a relacionar-se entre si s'observa al llarg de diversos preceptes del CCCat (per exemple, art. 233-1.1c, 233-2.4c, 233-12, 233-13 i, especialment en matèria d'aliments, tot establint l'obligació de prestar-se aliments, 237-2.1).

De fet, aquest dret de relació entre l'individu i la seva esfera privada s'incardina, també, en la regulació dels drets al lliure desenvolupament de la personalitat, referendats en l'article 10.1 de la Constitució espanyola. Així, el TSJC fa un recorregut

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.

normatiu nacional i internacional per a concloure que el grau de protecció dispensat a les relacions fraternals, si bé és menor que el de les relacions paternofiliales, exigeix que aquesta causa justa de què parla l'article 236-4.2 *in fine* CCCat que permetria impedir la relació entre germans hagi d'ésser interpretada restrictivament, atesa la prevalença del principi de l'interès superior del menor, establert en l'article 211-6 CCCat. Efectivament, el legislador català recentment ha fet referència expressa a aquest dret de relació personal en el Decret 63/2022, del 5 d'abril, dels drets i deures dels infants i els adolescents en el sistema de protecció, i del procediment i les mesures de protecció a la infància i l'adolescència, que complementa la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA), tot dedicant-li un capítol sencer (títol 2) per raó de la importància que té el manteniment dels contactes familiars per al foment i la continuïtat dels vincles afectius i per a l'afavoriment de la reintegració familiar de l'infant protegit.

La STSJC del 27 de setembre de 2021 (RJ/2021/5900) aborda també la qüestió de les relacions personals, en aquest cas amb els avis. Així, el recurrent pretén impedir la relació del fill amb els seus pares —és a dir, amb els avis— tot al·legant com a causa justa una hipotètica influència negativa d'aquests sobre el fill atesa la seva adscripció a la congregació cristiana dels Testimonis de Jehovà. El TSJC desestima el recurs i posa de manifest la protecció que l'ordenament civil català dispensa a les relacions dels menors amb els avis per a concloure que les mesures de supervisió adoptades per la sentència de l'audiència ja garanteixen suficientment l'estabilitat emocional del menor.

2. DRET D'ALIMENTS

La STSJC del 3 de novembre de 2021 (RJ/2021/5892) aborda el tema de la quantia dels aliments. Així, el TSJC estableix que s'ha de determinar —a manca d'acord o quan aquest no sigui conforme a l'interès dels fills menors— en proporció a les necessitats de l'alimentat i als mitjans econòmics i les possibilitats de les persones obligades a prestar-los (art. 237-9.1 CCCat). S'avé que no s'ha de recórrer a fórmules matemàtiques per a la seva determinació i que aquesta correspon al tribunal de primera instància, qui ha d'examinar degudament el nivell de vida dels obligats per a l'establiment de la quantia final. La resolució del recurs assenyala que si s'ha acreditat que una de les parts té una capacitat econòmica notablement superior a l'altra, la quantia que s'ha de pagar s'ha de fixar tot evitant automatismes que tendeixin al repartiment a parts iguals, atès que l'obligació de prestar aliments es relaciona, necessàriament, amb els mitjans econòmics que tenen els obligats.

Per altra banda, la STSJC del 20 de setembre de 2021 (RJ/2021/5906) desestima el recurs presentat que pretenia equiparar la quantia que havien de pagar els obligats (pare i mare) atès el règim de guarda compartida establert. La desestimació del recurs es justifica perquè, malgrat el règim de guarda establert, el temps que la menor pas-

sa amb cadascun dels progenitors no és exactament el mateix, ni tampoc ho són els ingressos mensuals d'aquests. A més a més, la determinació de la quantia correspon als jutjats de primera instància i no es pot recórrer en cassació, excepte si el *quantum* fixat és arbitrari.

3. COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL

La STSJC de l'1 d'abril de 2022 (JUR/2022/209672) desestima el recurs de cassació que pretenia el restabliment de la compensació econòmica per raó de treball establerta pel jutjat de primera instància a favor de l'actora.

En el cas, si bé l'actora s'havia dedicat en exclusiva a la família i a les tasques domèstiques des de l'inici del matrimoni (1983) fins que la malaltia incapacitant que sofria li ho va impedir (1996), des d'aquest darrer moment fins al cessament de la convivència (2013), per impossibilitat que ho fes ella, fou el demandat qui va estar treballant per a la casa de manera substancialment superior a aquella.

És per aquest motiu que el TSJC desestima el recurs de cassació i apunta que el període en què cal comprovar si hi ha hagut una dedicació substancialment major per part d'un dels cònjuges correspon a tot el període en què s'estén la convivència (art. 232-5.1 CCCat). Per altra banda, l'increment patrimonial s'ha de valorar en el moment del cessament efectiu de la convivència o de l'extinció del règim per separació, divorci, nul·litat o mort d'un dels cònjuges.

4. MODIFICACIÓ DE MESURES

La qüestió que resol principalment la STSJC del 19 de novembre de 2021 (RJ/2021/5894) és si l'establiment de mesures de suport a favor d'un dels fills una vegada dictada la sentència de divorci, justifica o no la modificació de les mesures establertes per aquesta sentència (art. 233-7.1 CCCat).

La recurrent pretén assimilar la situació d'una persona sobre la qual s'han establert mesures de suport a la d'un menor d'edat a fi de justificar l'atribució de l'ús de l'habitatge de manera indefinida a l'actora que assisteix la persona amb discapacitat.

És interessant indicar aquí que la desafecció del caràcter familiar de l'habitatge s'havia produït durant el procediment de divorci, malgrat que *a posteriori* la mare i el fill van tornar a viure en dit habitatge, amb el vistiplau de l'altre progenitor, tot i que l'ús de l'habitatge s'havia extingit per una resolució ferma (art. 233-24.3 CCCat). Així, el TSJC assenyala que la tolerància que manifesta el progenitor enfront de l'ús de l'habitatge que tornen a fer l'altre progenitor i el fill comú permet concloure que aquest recupera el caràcter de familiar. Malgrat tot, l'atribució de l'ús de l'habitatge que planteja la recurrent no persegueix l'interès del fill, sinó el seu propi, atès que

aquell no ha necessitat sempre aquell habitatge. Per tot això, el TSJC es remet a l'argumentació que va fer el tribunal d'instància i atribueix l'ús de l'habitatge a l'actora per a un període d'un any a fi que ambdós progenitors puguin gestionar durant aquest temps la compravenda de l'immoble.

5. CURA DELS FILLS

La STSJC del 8 d'abril de 2021 (RJ/2021/5911) aborda la qüestió relativa als criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda i, en concret, versa sobre la circumstància de la distància existent entre els domicilis dels progenitors.

Així, el TSJC assenyala que per a determinar el règim de guarda i la manera d'exercir-la, a banda de les propostes del pla de parentalitat, cal tenir en compte criteris com ara la situació dels domicilis dels progenitors i els horaris i les activitats dels fills i els progenitors (art. 233-11.1g CCCat).

Així, el jutjat de primera instància havia resolt a favor de la guarda compartida, però l'Audiència, en apel·lació, va decidir establir el règim de guarda exclusiva a favor de la mare si bé atorgà un ampli règim de visites a favor del pare.

En el cas, el TSJC conclou que la distància entre domicilis (22 km) no és un obstacle per a l'exercici de la guarda compartida, que és el règim desitjat en situacions de normalitat perquè permet al menor créixer sota la influència equilibrada dels dos progenitors.

6. EFECTES DE LA FILIACIÓ: ELS COGNOMS

Un dels efectes de la filiació és l'establiment de l'ordre dels cognoms. Si bé l'article 235-2.3 CCCat permet que els pares estableixin de comú acord l'ordre d'aquests en la inscripció, no preveu una solució per al cas que hi hagi discrepància entre els progenitors en relació amb aquesta qüestió.

La STSJC del 25 d'abril de 2022 (JUR/2022/210090) es fa ressò de diverses sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) que palesen que la preferència del cognom patern en detriment del matern pot implicar una discriminació per raó de sexe no justificada (vegeu les sentències del TEDH del 22 de febrer de 1994, cas *Burghartz vs. Suïssa*, la del 7 de gener de 2014, cas *Cusan i Fazzo vs. Itàlia*, o la del 9 de novembre de 2010, cas *Losonci-Rose i Rose vs. Suïssa*).

En el cas, el TSJC considera que, a fi d'interpretar l'article 235-2.3 CCCat, el criteri que ha de prevaldre per a decidir quin ha de ser l'ordre dels cognoms en un supòsit de filiació sobrevinguda (el menor, originàriament, només tenia inscrits els cognoms de la mare) ha de relacionar-se amb el principi de l'interès superior del menor (arg. *ex* art. 211-6 CCCat) i, per tant, cal mantenir com a primer cognom el matern, atès que

aquest fou el cognom amb què es va inscriure i amb el qual s'ha identificat socialment el menor els seus primers vuit anys de vida. El recurrent no acredita quin seria el benefici per al menor si es preferís, en l'ordre, el cognom patern al matern.

7. OBLIGACIONS PER RAÓ DE L'HABITATGE

La STSJC del 27 de juliol de 2021 (RJ/2021/5876) desestima el recurs per infracció processal i de cassació interposat per la Sra. S. contra la sentència dictada en apel·lació. Així, la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona del 26 d'octubre de 2020 únicament acollí allò recorregut pel Sr. L.: es constata l'exclusió del concepte de *despeses familiars* de les despeses relatives a l'adquisició i millora de l'habitatge familiar, ja que són despeses d'inversió que cal vincular a la titularitat de l'immoble.

Convé fer una breu anàlisi del cas. La recurrent en cassació havia interposat una demanda, l'any 2015, en l'exercici d'una acció de reembossament contra qui va ser el seu marit, en relació amb diversos pagaments i atribucions patrimonials fetes durant el matrimoni.

Així doncs, la recurrent havia adquirit en solitari el que va constituir l'habitatge familiar durant la vigència del matrimoni. El matrimoni va concloure conjuntament un préstec amb garantia hipotecària del mateix habitatge per un import de 600.000 €, que fou ampliat *a posteriori* per uns altres 186.000 €. La major part del capital total del préstec fou aplicat a la compra del dit habitatge. El febrer del 2010 es va produir la separació de fet entre els cònjuges i les quotes mensuals del préstec vençudes entre el març del 2010 i el novembre del 2011 van ser satisfetes per la Sra. S. per un total de 70.374,28 €; a més a més, va vendre l'immoble a un tercer el 16 de desembre de 2011 i cancel·là el finançament amb un pagament de 688.002,01 €.

La sentència de divorci no va abordar la qüestió relativa a l'amortització del préstec. La demanda presentada per la Sra. S. en la primera instància pretenia el reembossament de 35.187,14 € corresponents al 50% de les quotes mensuals del préstec satisfet per la Sra. S. des del març del 2010 fins a la seva cancel·lació. El jutjat de primera instància i l'Audiència concorden en la seva resolució: el demandat —Sr. L.— no està obligat a abonar la meitat de les quotes mensuals del préstec atesa la norma de l'article 233-23.1 CCCat.

En aquest sentit, el TSJC fa referència al que estableix el CCCat en el seu preàmbul, on clarifica el règim de les despeses d'inversió de l'habitatge (així, els préstecs amb garantia hipotecària sobre l'immoble) tot allunyant-les del règim de les despeses familiars:

Pel que fa a les despeses familiars, se n'exclouen les d'adquisició i millorament de l'habitatge familiar, ja que són despeses d'inversió que cal vincular a la titularitat de l'immoble. De fet, el Codi de família ja les circumscriu a la part

corresponent al valor d'ús, però això tampoc no s'adequava amb el fet que aquesta mateixa obligació de contribució no s'apliqués també si l'habitatge ja pertanyia a un dels cònjuges abans del matrimoni o bé si l'havia adquirit a títol lucratiu durant aquest.

Així, el pagament i la devolució del préstec hipotecari concedit a fi d'adquirir i/o reformar l'habitatge familiar, s'han de satisfer d'acord amb el títol de constitució.

Per contra, el Codi de família incloïa entre les despeses familiars les d'adquisició i millora dels habitatges o altres béns de la família, si eren de titularitat conjunta. En el cas que l'habitatge fos de titularitat exclusiva d'un dels cònjuges, les despeses derivades de l'adquisició, del pagament de millores i de préstecs concedits amb la finalitat d'adquirir o fer millores en aquests habitatges, únicament tenien la consideració de despeses familiars en la part corresponent al valor del seu ús (així ho expressava l'art. 4.1*b* del Codi de família).

El llibre segon del CCCat, en la matèria que ens ocupa, opta, doncs, per desconnectar les obligacions concretes per raó de l'adquisició o la millora de l'habitatge familiar, de les despeses familiars. Així ho palesa l'article 231-5.1*b* CCCat, que ja només inclou entre les despeses familiars allò relatiu a l'habitatge o a altres béns d'ús de la família, «[l]es despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació [...]». Ho complementa l'article 233-23.1 CCCat quan vincula les obligacions concretes per raó de l'adquisició o la millora de l'habitatge familiar a allò que disposi el títol de constitució.

Adicionalment, el TSJC es remet a la STSJC 43/2015, del 8 de juny, per a apuntar que en les accions de reembossament exercides per un cònjuge contra l'altre en relació amb l'article 1445 del Codi civil espanyol cal establir una distinció entre el punt de vista extern i l'intern. Així, el primer fa referència a la responsabilitat solidària enfront del banc prestador d'un capital destinat a l'adquisició (conjunta o privativa d'un d'ells respecte de l'habitatge familiar), i el segon es relaciona amb la repetició a càrrec del cònjuge que fa front al préstec, sotmesa als pactes que els cònjuges hagin fet i, si no s'ha pactat res, a la quota de participació de cadascun en la propietat de l'habitatge.

El TSJC conclou que les obligacions assumides enfront del tercer pel cònjuge no titular o pel titular més enllà de la quota de titularitat sobre el bé, no són exigibles per l'altre cònjuge en una eventual acció de reembossament. Finalment, s'aposta per interpretar que el títol de constitució de l'obligació concreta per a l'adquisició de l'habitatge familiar s'ha d'entendre, en la relació interna entre els cònjuges i sens perjudici de cap altre pacte en un altre sentit (art. 111-6 CCCat), com el títol de propietat determinant de la participació —ja sigui exclusiva, ja sigui compartida— en el domini de l'immoble.

En conclusió, no hi ha cap indici que permeti demostrar que el cònjuge no titular de l'habitatge, més enllà de la seva qualitat d'obligat solidari enfront del banc prestador, hagués assumit en la relació interna amb la seva esposa i coprestatària l'obligació

de satisfer les quotes del préstec objecte de litigi. L'amortització del préstec constitueix una despesa d'inversió que cal vincular, doncs, a la titularitat de l'immoble.

8. PERSONALITAT JURÍDICA

La STSJC del 9 de març de 2022 (JUR/2022/208523) aborda la qüestió relativa a la personalitat jurídica que estableix l'article 311-2 CCCat i, en concret, analitza l'adquisició de la personalitat jurídica d'una fundació.

Doncs bé, en el cas, la inscripció de la carta fundacional de la Fundació Esportiva d'Arenys de Mar (FEDAMAR) es va produir amb data 18 de febrer de 2014, mentre que anteriorment s'havia conclòs un contracte de prestació de serveis jurídics per qui més tard va ser el president del patronat de la fundació sobrevinguda. El despatx d'advocats que prestava els serveis jurídics a FEDAMAR interposà una demanda que va ser desestimada pel jutjat de primera instància, mentre que l'Audiència Provincial va revocar la dita sentència i va establir que:

[...] si bé les fundacions adquireixen la personalitat jurídica amb la inscripció de l'escriptura fundacional en el registre corresponent, fins aquell moment poden actuar llurs promotors o fundadors, de manera que la fundació demandada resta obligada pel contracte de serveis jurídics convingut amb la societat demandant per un de llurs promotors actuant en nom de l'ens social futur dos mesos abans de l'atorgament de la carta fundacional i quatre mesos abans de la seva inscripció registral.

La fundació demandada va recórrer en cassació perquè va considerar que les fundacions només adquireixen personalitat jurídica una vegada és inscrita la carta fundacional. Així, el primer que constata el TSJC és que la normativa catalana estableix que les fundacions adquireixen personalitat jurídica definitiva amb la inscripció de la carta fundacional en el Registre de Fundacions (art. 331-1.4 CCCat). Al mateix temps, però, aquesta afirmació relativa a la personalitat jurídica sorgida amb la inscripció registral de la Fundació permet al TSJC subratllar que en el període que concorre entre l'atorgament de la carta fundacional i la seva inscripció existeix una transitorietat que demana establir els efectes jurídics que se'n deriven. S'observen conseqüències jurídiques en la irrevocabilitat de la carta fundacional, de tal manera que el patrimoni afectat a la Fundació o la dotació inicial assoleix la qualitat de patrimoni de destí, del qual són propietaris interins els patrons (art. 331-4.2 CCCat); també l'article 331-6.2 CCCat estableix que si l'aportació de la dotació s'ha ingressat abans de l'atorgament de la carta fundacional i finalment la fundació no es pot constituir, els béns aportats reverteixen als fundadors (331-12.1 CCCat) i, mentre la fundació estigui en construcció, els patrons han de fer tot el que calgui per a conservar els béns del patrimoni

inicial i facilitar l'activitat futura de la fundació (art. 331-10.1 CCCat). Queda palès, doncs, en aquesta darrera obligació imposada als fundadors, l'existència d'una conducta proactiva (facilitar l'activitat futura). Tanmateix i en qualsevol cas, la norma no estableix expressament que el nou ens, un cop inscrit, quedi subrogat en les actuacions dutes a terme pels patrons en compliment de les dites obligacions legals. Si bé la llei estatal sobre fundacions sí que inclou la situació de la fundació en formació, la norma estatal no pot ser aplicada supletòriament perquè no s'observa el supòsit de manca de norma autonòmica.

Finalment, el TSJC conclou que una interpretació i una integració del dret civil català d'acord amb els principis generals que l'informen, han de prendre en consideració la tradició jurídica catalana (arg. ex art. 111-2.1 CCCat) i, per tant, el buit normatiu relatiu a la responsabilitat de la fundació en constitució s'ha d'omplir tot responsabilitzant l'ens, un cop ja inscrit, dels actes i contractes realitzats amb tercers pels patrons d'aquell durant la situació transitòria fins a la inscripció, sens perjudici de l'acció de responsabilitat que la fundació o el protectorat pugui promoure *a posteriori* contra els patrons per l'incompliment de la llei o els estatuts o per negligència en l'exercici de les seves funcions (art. 332-11 CCCat).

9. INOFICIOSITAT LEGITIMÀRIA

El supòsit de fet del qual parteix la STSJC del 21 de març de 2022 (JUR/2022/209977) se situa en el marc d'una herència en què amb el valor de l'actiu hereditari líquid no resten a l'hereu béns suficients per a pagar les llegítimes. Així, el causant va atorgar a favor de la demandada una escriptura pública de donació per la qual entregava la propietat de les úniques dues finques que integraven el seu patrimoni.

El TSJC, a l'empara de l'article 451-22.3 CCCat (atès que no hi ha llegats, donacions per causa de mort o assignacions de llegítima, ni tampoc atribucions particulars fetes en un pacte successori), considera que cal reduir o suprimir les donacions computables per al càlcul de la llegítima atorgades pel causant (les mateixes a què fa referència l'article 451-5*b* CCCat). En el cas, només hi ha una donatària, que és a la vegada hereva i legitimària, i una sola donació de dos immobles, valorats en 408.000 €. En conseqüència, el TSJC empara la inoficiositat parcial d'aquesta donació en la quantia necessària per a poder pagar la llegítima a la recurrent.

El TSJC conclou que les donacions a què fan referència els articles 451-5*b* i 451-22.3 CCCat són computables per al càlcul de la llegítima i, a la vegada, són reduïbles per a assegurar-ne el pagament. Permetre el còmput d'un actiu fictici sense permetre'n, després, la reducció en el supòsit que no restessin béns suficients en l'actiu hereditari líquid, constituïria un instrument imperfecte de protecció de la llegítima. En aquest context, se subratlla que la inoficiositat legitimària no qüestiona, en cap

cas, la validesa de la donació afectada (atès que la part que no sigui necessari reduir per a fer front al pagament de la llegítima continuarà en el ple domini del donatari); tampoc la part que es considera inoficiosa ingressa a la massa hereditària, sinó que és adquirida *mortis causa* pel legitimari directament del causant.

10. DRET A LA QUARTA FALCÍDIA O QUOTA HEREDITÀRIA MÍNIMA

La STSJC del 8 d'abril de 2022 (JUR/2022/209984) desestima el recurs de cassació interposat per la recurrent contra la sentència de l'Audiència que havia desestimat, també, el recurs interposat i confirmat per la sentència del tribunal d'instància que consentia la reducció dels llegats per part dels cohereus a fi que aquests poguessin retenir la quarta falcídia o quota hereditària mínima.

El TSJC analitza el procediment per a determinar i fixar la quarta falcídia i, en relació amb l'actiu hereditari, assenyalava que l'article 427-41.1 CCCat hi inclou tots els béns del cabal relicte, també els disposats en qualsevol mena de llegat, els crèdits del causant contra l'hereu i els crèdits extingits per llegats de perdó de deute; pel que fa al passiu hereditari, el TSJC diu que es calcula tot deduint de l'actiu els deutes de l'herència, les despeses de darrera malaltia i enterrament, l'import de les llegítimes (inclosa la de l'hereu que sigui legitimari) i els gravàmens que afectin els béns hereditaris, llevat dels drets de garantia (art. 427-41.2 CCCat).

Convé subratllar que la qüestió conflictiva plantejada pel recurs és la de les imputacions, les reduccions i el pagament de la quarta falcídia: tal com indica el TSJC, s'imputa a la quarta falcídia tot el que s'atribueix a l'hereu en la successió, incloent-hi el que obté per la via de la substitució vulgar, pel dret d'acréixer o per l'absorció de llegats ineficaços, però no els prelegats atorgats pel testador al mateix hereu ni les donacions per causa de mort, ni tampoc les atribucions particulars fetes en un pacte successori.

Doncs bé, la recurrent erra en l'operació d'imputació que planteja perquè imputa a la quota hereditària mínima els prelegats ordenats a favor de l'hereu.

11. TERMINIS DE PRESCRIPCIÓ I CÒMPUT

La STSJC del 10 de gener de 2022 (RJ/2022/1233) analitza quin ha de ser el *dies a quo* del termini de prescripció en l'exercici d'una clàusula de venciment anticipat. El TSJC assenyalava que el llibre primer del Codi civil de Catalunya aposta per generalitzar el criteri de la raonabilitat del coneixement. És a dir, tal com indica l'article 123-23.1 CCCat, el termini de prescripció s'inicia quan, nascuda la pretensió i és exercible, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir. Així, per tal de deter-

minar el *dies a quo* convé establir si l'acció és exigible i també avalar el coneixement potencial o real del titular de la pretensió de les circumstàncies que la fonamentaven i de la persona contra la qual es podia exercir. El Tribunal assenyala que la seguretat jurídica també demana que aquest coneixement efectiu de les circumstàncies de l'acció s'equipari amb una possibilitat raonable de coneixement.

Per altra banda, el recurs que origina la STSJC del 18 de novembre de 2021 (RJ/2021/5902) persegueix que es declari que l'inici del còmput del termini de prescripció situat per l'Audiència no s'ajusta al que estableix el CCCat. Així, en relació amb l'arrendament de serveis que s'havia atorgat, el TSJC fa palès que la pretensió de reclamació d'honoraris per part del prestador del servei neix amb la conclusió de l'encàrrec que els origina. En el cas, no consta que la finalització de la via executiva s'hagués produït més de tres anys abans de la reclamació (art. 121-23.1 CCCat).

12. POSSESSIÓ PER A USUCAPIR

La STSJC del 30 de setembre de 2021 fa aplicació del règim de la usucapió. El supòsit de fet remet a la reclamació del dret de propietat sobre la meitat indivisa d'un immoble en virtut d'una usucapió iniciada l'any 1981. Per raons de temporalitat, aquesta usucapió es regeix per les normes del llibre cinquè del CCCat, atesa la disposició transitòria segona d'aquesta llei. El recurrent havia adquirit juntament amb la seva esposa la meitat indivisa d'un apartament l'any 1981. L'altra meitat havia estat adjudicada mitjançant subhasta judicial a la Sra. S. Des del 1981, el recurrent i la seva dona havien posseït la totalitat de l'apartament de manera pública, pacífica i ininterrompuda. El TSJC interpreta que la usucapió entre copropietaris parteix de la idea que cada cotitular pot fer ús de l'objecte de la comunitat d'acord amb la seva finalitat social i econòmica i de manera que no perjudiqui els interessos de la comunitat ni els dels altres cotitulars (art. 552-6.1 CCCat). En aquest sentit, doncs, per tal que la propietat comuna pugui ser usucapida per un o més comuners enfront dels altres cal que es posseeixi en concepte de propietari únic. El TSJC conclou que els actes duts a terme pel recurrent (gaudi exclusiu de l'apartament, atorgament de contractes d'arrendament amb tercers i d'un contracte d'assegurança de danys) palesen una exteriorització clara de la voluntat d'exercir com a propietari únic de l'immoble i, en definitiva, els fets provats indiquen que la possessió del recurrent complia sobre manera les exigències de l'article 531-24.1 CCCat.

13. PROPIETAT HORITZONTAL

Sobre el règim general d'adopció d'acords, la STSJC del 14 de gener de 2022 (RJ/2022/1235) estima el recurs plantejat pels propietaris d'una de les places d'apar-

cament d'un edifici la junta extraordinària de la comunitat de propietaris del qual va adoptar un acord pel qual l'ús i el gaudi de la piscina comunitària i de la zona verda eren exclusius dels propietaris d'habitatges i també de les persones que ocupessin legalment un habitatge tot i no ser-ne propietàries, però en quedaven exclosos els propietaris de places de pàrquing o trasters. Així, exoneraven aquests darrers propietaris de les despeses de manteniment i conservació de la piscina i la zona verda.

El TSJC declara que la reforma del règim jurídic de la propietat horitzontal donà lloc a un nou redactat de l'apartat 4 de l'article 553-25 CCCat, relatiu al règim general d'adopció d'acords, que en l'actualitat estableix que «[e]ls acords que modifiquin la quota de participació, els que privin qualsevol propietari de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns i els que determinin l'extinció del règim de la propietat horitzontal simple o complexa requereixen el consentiment exprés dels propietaris afectats». Així mateix, en relació amb la privació de les facultats d'ús i gaudi d'elements comuns, cal partir de la base que «les restriccions que resulten [...] de l'existència de situacions de comunitat tenen la consideració de restriccions en interès privat» en benefici dels veïns (art. 545-3 CCCat). Doncs bé, pel que fa a l'ús i el gaudi dels elements comuns, la regla general és que «correspon a tots els propietaris dels elements privatis i s'ha d'adaptar a la destinació que estableixen els estatuts o a la que resulti normal i adequada a llur naturalesa, sense perjudicar l'interès de la comunitat» (art. 553-42 CCCat); *a contrario sensu*, aquesta norma vol significar que el legislador no exclou de les restriccions accidentals en l'ús i el gaudi dels elements comuns les que impliquin una privació no arbitrària de l'ús d'aquests elements per part d'un o diversos propietaris (per exemple, la prohibició imposada als propietaris del pàrquing de gaudir del jardí), però les dites restriccions només seran plenament eficaces si gaudeixen del consentiment exprés del propietari afectat. Tanmateix, el TSJC palesa que això no implica que l'acord adoptat (que restringeix l'ús d'un element comú a un propietari) sigui nul, sinó que no és oposable al propietari que no l'ha consentit.

En relació amb la qüestió dels elements privatis de benefici comú, la STSJC del 28 de desembre de 2021 (JUR/2022/104286) estima el recurs presentat pels Srs. B. i V. contra la mercantil Natic SL. En el cas, la mercantil va ser la promotora d'un immoble format per locals, places d'aparcament i habitatges. Així, va inscriure també, com a element privatiu de benefici comú, un terreny destinat a jardí i dues piscines que correspondria en copropietat als titulars dels habitatges. En el moment de la venda dels dits habitatges, la promotora adjudicava una determinada quota indivisa del dit element privatiu als diferents compradors. Amb tot, sobre determinats habitatges que havien estat hipotecats per la promotora i davant l'impagament d'aquesta, es va iniciar un procediment d'execució hipotecària que es va resoldre mitjançant l'adjudicació d'aquells a l'entitat Altamira, que va vendre un dels dits habitatges als senyors B. i V. Aquests van intentar extrajudicialment adquirir la quota corresponent a aquest element privatiu de benefici comú inscrit, que no havia estat objecte d'execució hipotecària.

La resolució del recurs demana aplicar la disposició transitòria sisena de la Llei 5/2006, del 10 de maig, del llibre cinquè del CCCat, relatiu als drets reals. Així doncs, cal recórrer a l'article 553-34.1 CCCat, que assenyala que «[s]ón elements privatis de benefici comú els que, per disposició de la llei, del títol de constitució o per acord de la junta de propietaris, pertanyen a tots els propietaris en proporció a la quota i de manera inseparable de la propietat de l'element privatiu concret». Aquesta norma permet, doncs, una configuració especial d'un element privatiu, de tal manera que es pot destinar a un gaudi comú. Aquests elements tenen independència funcional i han de tenir assignada la seva quota de l'immoble. La titularitat d'aquest element privatiu de benefici comú no correspon a la comunitat de propietaris, sinó als propietaris que en cada moment ho siguin dels elements privatis a què beneficia. En conseqüència, aquest element privatiu de benefici comú va ser inscrit de tal manera que aquesta vinculació *ob rem* ja s'aconseguia amb la primera transmissió de les finques als diferents compradors. Per tant, una vegada transmeses les finques, la quota corresponent a l'element privatiu de benefici comú era inseparable de l'element privatiu (de l'habitatge).

14. RELACIONS DE VEÏNATGE

La STSJ del 20 de gener de 2022 (JUR/2022/103723) analitza la possibilitat d'autoritzar la invasió de vol d'una finca contigua a una altra tot permetent la col·locació d'un envà exterior sobre l'espai veí.

Els fets són els següents: la comunitat de propietaris d'un edifici plurifamiliar pretenia instal·lar un envà pluvial per tal de protegir una paret lateral de l'edifici. La dita instal·lació significava una invasió de vol sobre les finques veïnes, amb la conseqüent ocupació d'aquestes el temps imprescindible per a l'execució de l'obra. Així, la sentència de primera instància va acollir la pretensió de la comunitat demandant i va justificar-la amb les humitats que l'edifici d'aquesta comunitat patia i amb el fet que l'únic aïllament viable era l'exterior. Així, feia aplicable l'article 546-3.2 CCCat, que estableix que «[e]ls propietaris d'una finca edificada les parets exteriors de la qual confrontin amb un solar o una edificació més baixa poden construir, amb materials idonis, d'un gruix màxim de trenta centímetres, un envà exterior, que no pot ésser un element de sustentació, de cap a cap de la paret sobre l'espai veí [...]». El tribunal d'instància situà el litigi en les relacions de veïnatge, i no en les de les servituds legals, i per això no va incloure cap indemnització per a la part demandada. L'Audiència, tanmateix, denegà la instal·lació pretesa per la comunitat demandant tot al·legant que l'envà envairia els patis posteriors de les finques dels demandats, els quals eren molt estrets ja que no arribaven als dos metres.

El TSJC, que estima el recurs de cassació interposat, fa referència a la figura de l'envà pluvial que estableix l'article 546-3.2 CCCat i assenyala que aquesta regula-

ció no té precedents en el dret civil català, la qual cosa impedeix una interpretació que atengui els antecedents legislatius. Després de fer una comparació amb la regulació incorporada per altres ordenaments (per exemple, el *Código del derecho foral de Aragón* o el *Fuero nuevo de Navarra*), que formulen un principi general d'ús dels béns immobles, es fa evident la manca d'un principi semblant en el CCCat. El que es constata, però, és que la regla de l'article 546-3.2 CCCat permet autoritzar els propietaris de la finca més alta a revestir les parts exteriors del seu edifici necessitades de protecció amb un envà exterior —d'un gruix màxim de 30 cm— de cap a cap de la part «sobre l'espai veí».

El TSJC assenyala que el criteri legal d'interpretació teleològica revela que la norma persegueix propiciar l'aïllament energètic dels edificis en relació amb l'imperatiu de màxima eficiència energètica i l'exigència d'un urbanisme sostenible. Així, cita diverses normes que s'introdueixen en la línia de la rehabilitació residencial d'edificis per tal de millorar la seva eficiència energètica i en aquest sentit incardina l'article 564-3.2 CCCat, amb l'objectiu de complir amb la màxima eficiència energètica dels edificis residencials i amb la finalitat d'afavorir l'aïllament tèrmic correcte tot aprofitant l'espai veí.

RECULL DE JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

Antoni Mut Piña

*Investigador predoctoral de dret civil
Universitat de Barcelona*

Aquest recull presenta les sentències de matèria civil dictades pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) des de l'1 de juliol de 2021 fins al 31 de desembre 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 SISENA) DEL 9 DE SETEMBRE DE 2021, SOBRE ELS DEURES D'INFORMACIÓ CONTINGUTS EN LA DIRECTIVA 2008/48/CE¹

Aquesta sentència té per objecte la interpretació dels articles 10.²² i 14.¹³ de la Directiva 2008/48/CE⁴ del Parlament Europeu i del Consell, del 23 d'abril de 2008, relativa als contractes de crèdit al consum. Les setze qüestions prejudicials que el susciten es presenten en el context de tres litigis⁵ entre consumidors i entitats financeres en relació amb el contingut i l'abast dels deures d'informació regulats en la Directiva 2008/48/CE, ja esmentada.

1. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) (Sala Sisena) del 9 de setembre de 2021, assumptes acumulats C-33/20, C-155/20 i C-187/20, U. K. contra Volkswagen Bank GmbH, R. T., S. V. i B. C. contra Volkswagen Bank GmbH i Skoda Bank, i J. L. i D. T. contra BMW Bank GmbH i Volkswagen Bank GmbH.

2. L'article 10 de la Directiva 2008/48/CE té per objecte regular la informació que cal esmentar en els contractes de crèdit.

3. L'article 14 de la Directiva 2008/48/CE té per objecte regular el dret de desistiment.

4. Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 23 d'abril del 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 Unió Europea* (DOUE), núm. 133, 22 de maig de 2008, p. 66-92 (27 p.).

5. Relatiu als tres casos C-187/20, C-155/20 i C-33/20.

El TJUE agrupa les qüestions dels tres assumptes en sis blocs diferenciats. El primer té per objecte determinar si l'article 10.2a, c i e⁶ de la Directiva 2008/48 s'ha d'interpretar en el sentit que, quan escaigui, el contracte de crèdit ha d'especificar, de manera clara i concisa, que es tracta d'un contracte de crèdit vinculat, a l'efecte de l'article 3n⁷ de la Directiva esmentada, així com si se celebra per a una durada definida. Només amb el coneixement d'aquestes dades el consumidor pot saber realment quins són els seus drets i les seves obligacions.

En segon lloc, el TJUE aborda la qüestió de si els deures d'informació, continguts en la Directiva, exigeixen que un contracte de crèdit vinculat, a efectes d'aquesta, que serveixi exclusivament per a finançar un contracte relatiu al lliurament d'un bé i que prevegi que l'import del crèdit s'ha d'abonar al venedor d'aquest bé, ha d'esmentar que el consumidor queda alliberat de la seva obligació de pagar el preu de venda en la quantia ja pagada i que, si el preu s'ha pagat íntegrament, el venedor li ha de lliurar el bé comprat. El TJUE, en aquest sentit, afirma que si bé l'article 10.2d⁸ de la Directiva estableix que l'import total del crèdit i les condicions de disposició s'han d'esmentar imperativament en el contracte de crèdit, cap de les seves normes no exigeix, en canvi, que el contracte esmenti les conseqüències de la disposició pel que fa a la relació contractual entre el consumidor i el venedor del bé o del servei finançat pel crèdit. I, a més, atès que l'article 10.2 de la Directiva no s'oposa que les parts del contracte de crèdit pactin de comú acord aquestes conseqüències en el contracte, les disposicions de la Directiva s'han d'interpretar en el sentit que no exigeixen tals deures d'informació.

6. L'apartat 2 de l'article 10 de la Directiva és un llistat dels elements informatius que, en tot cas, els contractes de crèdit han d'incloure en les seves estipulacions, com ara: a) el tipus de crèdit, c) la durada del contracte de crèdit o e) en el cas de crèdits en forma de pagament diferit d'un bé o servei o en el cas de contractes de crèdit vinculats, l'especificació del producte o servei i del preu al comptat.

7. D'acord amb l'article 3 de la Directiva 2008/48/CE, un contracte de crèdit vinculat és:

[...] un contrato de crédito en el que: i) el contrato en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos, y ii) los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo; se considerará que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que este sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito.

8. Vegeu l'article 10 de la Directiva 2008/48/CE, especialment la lletra d de l'apartat segon: «El contracte de crèdit haurà d'especificar, de forma clara i concisa, les dades següents: [...] d) l'import total del crèdit i les condicions de disposició del crèdit».

La tercera qüestió que es planteja al Tribunal és si, en relació amb l'interès de demora, el contracte de crèdit ha d'esmentar, en forma de percentatge concret, el tipus d'interès aplicable en el moment de la subscripció del contracte de crèdit i ha de descriure de manera concreta els procediments d'ajust del tipus d'interès de demora. D'acord amb el Tribunal, de la sistemàtica general de la Directiva, de la qual resulta que tant la taxa anual equivalent com el tipus deutor i el tipus deutor fix⁹ s'han d'expressar en percentatges (§ 90)¹⁰ i de la qual es pot extreure l'exigència que en un contracte de crèdit s'ha d'especificar tota la informació necessària perquè el consumidor pugui conèixer els seus drets i les seves obligacions (§ 70), i atès que el tipus d'interès de demora aplicable en el moment de la celebració del contracte és una informació expressable en xifres, aquest s'ha d'especificar de manera concreta en el contracte de crèdit, en forma de percentatge. I, només en els supòsits en què les parts del contracte de crèdit en qüestió hagin acordat que el tipus d'interès de demora es modificarà segons el canvi del tipus d'interès bàsic determinat pel banc central d'un estat membre i publicat en un diari oficial que sigui fàcilment accessible, és suficient la remissió, efectuada en el contracte de crèdit, a aquest tipus d'interès bàsic, sempre que el mètode de càlcul del tipus d'interès de demora en funció del tipus d'interès bàsic figuri en el contracte (§ 95).

Així mateix, el TJUE resol la qüestió plantejada sobre si els deures d'informació han d'interpretar-se en el sentit que, per a calcular la compensació deguda en cas de reemborsament anticipat del préstec, el contracte de crèdit ha d'indicar una fórmula aritmètica concreta i comprensible per al consumidor, el qual ha de poder calcular l'import de la compensació deguda en cas de reemborsament anticipat. Així doncs, el TJUE confirma que almenys s'ha d'indicar el mètode de càlcul concret i de manera que sigui fàcilment comprensible per a un consumidor mitjà, per tal que pugui determinar l'import de la compensació deguda en cas de reemborsament anticipat basant-se en la informació proporcionada en el contracte de crèdit (§ 95).

Diferent és el cas de l'obligatorietat de mencionar les situacions en què la normativa nacional reconeix a les parts un dret de resolució. Això passa quan ens trobem davant d'un cas d'harmonització de màxims i, per tant, els estats membres no poden imposar a les parts del contracte obligacions no previstes en la Directiva quan aquesta contingui disposicions harmonitzades en la matèria (§ 108). De fet, la mateixa Directiva s'oposa que la normativa d'un estat membre estableixi l'obligació d'esmentar informació relativa a un dret de resolució provinent del dret nacional no previst en

9. D'acord amb l'article 3 de la Directiva 2008/48/CE, entenem per *tipus deutor* el tipus d'interès expressat com a percentatge fix o variable aplicat amb caràcter anual a l'import del crèdit utilitzat; i per *tipus deutor fix*, un tipus deutor per a la durada total del contracte de crèdit o diversos tipus deutors per a períodes parcials consistents en un percentatge fix específic.

10. Indiquem amb el símbol «§» els paràgrafs de les sentències comentades.

la Directiva 2008/48. Això, com avançàvem, porta el TJUE a determinar que les disposicions de l'article 10 de la Directiva no exigeixen que el contracte de crèdit esmenti totes les situacions en què la normativa nacional, però no aquesta Directiva, reconeix un dret de resolució a les parts del contracte de crèdit.

Una altra de les qüestions que resol el TJUE en aquesta sentència és la del límit temporal del dret a desistiment quan aquest no ha estat informat degudament al consumidor. En concret, la qüestió prejudicial planteja si existeix la possibilitat que el prestador invoqui la caducitat del dret de desistiment exercit pel consumidor, de conformitat amb l'article 14.1¹¹ de la Directiva 2008/48, quan una de les dades obligatòries esmentades en l'article 10.2 d'aquesta Directiva no hagi estat inclosa en el contracte de crèdit ni hagi estat comunicada degudament en un moment posterior i quan aquest consumidor desconegui l'existència del seu dret de desistiment sense ser ell responsable d'aquest desconeixement. Atès, en aquest sentit, que la Directiva no estableix cap limitació temporal a l'exercici, per part del consumidor, del seu dret de desistiment en cas que no se li hagi transmès aquesta informació, i que la normativa nacional d'un estat membre no pot imposar aquesta limitació, el Tribunal corrobora que el prestador no pot al·legar la caducitat del desistiment, amb independència del temps transcorregut, si no s'ha atès degudament l'obligació d'informar. I, en el mateix sentit, el Tribunal confirma aquesta posició quan oposa que el prestador pot objectar vàlidament que el consumidor ha abusat del seu dret de desistiment, previst en l'article 14.1 de la Directiva, quan alguna de les dades obligatòries previstes en l'article 10.2 d'aquesta no ha estat inclosa en el contracte de crèdit, amb independència de si aquest consumidor desconeixia o no l'existència del seu dret de desistiment (§ 127).

Finalment, la Sentència aborda la qüestió relativa a l'obligació d'especificar els requisits formals essencials per a instar un procediment extrajudicial de reclamació o de recurs. En concret, el TJUE es veu forçat a pronunciar-se sobre si és suficient que el contracte es remeti de manera indirecta¹² a aquests procediments. En aquest sentit, l'article 10.2*t* de la Directiva disposa que el contracte de crèdit ha d'especificar, de manera clara i concisa, l'existència o no de procediments extrajudicials de reclamació

11. L'article 14 de la Directiva 2008/48 especifica:

Dret de desistiment. 1. El consumidor disposarà d'un termini de 14 dies civils per desistir del contracte de crèdit sense indicar-ne el motiu. Aquest termini de desistiment s'iniciarà: a) en la data de subscripció del contracte de crèdit, o bé b) en la data en què el consumidor rebi les condicions contractuals i la informació recollida en l'article 10, si aquesta data fos posterior a la indicada en la lletra a) del present apartat.

12. En el cas que ens ocupa, la remissió indirecta es fa a través d'un reglament de procediment disponible a Internet o d'un altre acte o document relatiu a la regulació dels procediments extrajudicials de reclamació i recurs.

i recurs per al consumidor i, en cas que n'hi hagi, la manera com el consumidor hi pot accedir (§ 129). Seguint la línia marcada per les conclusions de l'advocat general, el Tribunal corrobora la importància, a aquests efectes, del fet que s'informi el consumidor dels continguts mínims que aquesta informació ha d'incloure, a saber: en primer lloc, tots els procediments extrajudicials de reclamació o recurs que estan a la seva disposició i, quan n'hi hagi, el cost de cadascun; en segon lloc, si la demanda o el recurs s'ha de presentar per correu postal o per via electrònica; en tercer lloc, l'adreça física o electrònica a la qual s'ha de trametre la reclamació o el recurs, i, finalment, els altres requisits formals als quals estan supeditats la reclamació o el recurs. I no és suficient en cap cas, per tant, la mera remissió indirecta a aquestes mencions informatives (§ 136).

2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA NOVENA) DEL 6 D'OCTUBRE DE 2021, SOBRE COMPENSACIÓ I ASSISTÈNCIA ALS PASSATGERS AERIS EN CAS DE CANCEL·LACIÓ O GRAN RETARD DELS VOLS COM A CONSEQÜÈNCIA D'UNA VAGA EN EL CONTEXT D'UN GRUP DE SOCIETATS¹³

Aquesta sentència té per objecte dirimir si una vaga de treballadors convocada en solidaritat amb les reivindicacions de la plantilla de la companyia matriu entra dins dels supòsits d'exempció de responsabilitat del transportista aeri com a conseqüència de la denegació d'embarcament, cancel·lació o gran retard. En concret, el Tribunal ha de determinar si l'extensió de la vaga als treballadors de les companyies filials i l'ampliació de la duració d'aquesta sense preavís entren dins dels supòsits recollits en l'article 5.3¹⁴ del Reglament (CE) núm. 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 de febrer de 2004,¹⁵ que estableix les normes comunes sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i cancel·lació o gran retard de vols. I el TJUE determina que el transportista aeri no està obligat a pagar indemnització si pot provar que la cancel·lació és conseqüència de circumstàncies extraordinàries que no podien ser evitades tot i haver pres mesures raonables en aquest sentit.

13. STJUE (Sala Novena) del 6 octubre de 2021, assumpte C-613/20, C. S. contra Eurowings GmbH.

14. L'article 5.3 del Reglament 261/2004 especifica: «Un transportista aeri encarregat d'efectuar un vol no està obligat a pagar una compensació conforme a l'article 7 si pot provar que la cancel·lació es deu a circumstàncies extraordinàries que no es podrien haver evitat fins i tot si s'haguessin pres totes les mesures raonables».

15. Reglament (CE) núm. 261/2004 del Parlament Europeu i de Consell, de l'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) núm. 295/91 (DO 2004, L 46, p. 1).

D'acord amb el TJUE, el concepte de *circumstàncies extraordinàries* s'ha d'interpretar en el seu sentit estricte. I, per tant, únicament designa esdeveniments que, per la seva naturalesa o el seu origen, no són inherents a l'exercici normal de l'activitat del transportista aeri afectat i escapen al control efectiu d'aquest, de manera que aquests dos requisits són acumulatius i serà necessària l'observança cas per cas (§ 19). Així doncs, el que ha de determinar el Tribunal és, per una banda, si la vaga és o no inherent a l'activitat essencial i, per altra, si aquella i les seves conseqüències escapen o no al control efectiu.

Respecte a la primera de les qüestions, el Tribunal es reafirma en el posicionament sostingut en la Sentència del 23 de març de 2021, cas Airhelp¹⁶ (C-28/20, EU:C:2021:226), on manté que, tot i reconèixer que la vaga correspon a un moment de conflicte en les relacions entre els treballadors i l'empresari, l'activitat del qual pretén paralitzar, no és menys cert que aquesta és una de les possibles expressions de la negociació col·lectiva i, per tant, ha d'entendre's com un esdeveniment inherent a l'exercici normal de l'activitat de l'empresari afectat, amb independència de les particularitats del mercat laboral de què es tracti o de la legislació nacional aplicable (§ 20). A més, el Tribunal matisa que, atès que tant les polítiques socials com les estratègies associades a aquestes, tant de la matriu com de les filials, estan interrelacionades, una vaga iniciada pel personal d'un transportista aeri encarregat d'efectuar un vol, en solidaritat amb la vaga seguida pel personal de la societat matriu de la qual aquest transportista constitueix una filial, no pot considerar-se un esdeveniment no inherent a l'exercici normal de l'activitat del dit transportista, ja que ni és inusual ni és imprevisible que els conflictes socials s'estenguin a diferents parts d'un grup d'empreses durant les negociacions col·lectives (§ 23).

Pel que fa a la segona de les qüestions, el Tribunal determina que una vaga destinada a fer valer reivindicacions salarials o socials dels treballadors s'ha de considerar un esdeveniment que no escapa al control efectiu del transportista aeri de què es tracti, fins i tot quan la vaga s'inicia per solidaritat amb el personal de la societat matriu de la qual aquest transportista constitueix una filial (§ 24). En primer lloc, perquè, atès que l'article 28¹⁷ de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea consagra el dret a vaga dels treballadors, cal considerar que el fet que aquests l'exerceixin i l'iniciïn, en conseqüència, constitueix un moviment que entra dins del que és previsible per a tot empresari, sobretot quan la vaga va precedida d'un preavís. A més a més, el Tribunal deter-

16. STJUE (Sala Gran) del 23 de març de 2021, assumpte C-28/20, Airhelp Ltd. contra Scandinavian Airlines System Denmark - Norway - Sweden.

17. Article 28 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea: «Els treballadors i els empresaris, o les seves organitzacions respectives, de conformitat amb el dret comunitari i amb les legislacions i pràctiques nacionals, tenen dret a negociar i a concertar convenis col·lectius, als nivells adequats, i a emprendre, en cas de conflicte d'interessos, accions col·lectives per a la defensa dels seus interessos, incloent-hi la vaga».

mina que quan un sindicat crida a la vaga el personal d'una societat matriu, és previsible que el personal d'altres entitats del grup dirigit per aquesta societat matriu s'uneixi a la vaga per solidaritat o per defensar, en ocasió d'aquesta, els seus propis interessos (§ 27).

Això implica, relacionant-ho amb la segona condició, que si acceptem la hipòtesi mantinguda pel Tribunal que una vaga és un esdeveniment previsible per a l'empresari, en principi aquest ha de disposar dels mitjans per a preparar-se davant seu i, si escau, atenuar-ne les conseqüències, per la qual cosa conserva, en certa manera, el control dels esdeveniments (§ 28). Per tant, fins i tot quan una vaga es perllonga més enllà del termini eventualment esmentat en el preavís, encara que mentrestant s'hagi assolit un acord amb la societat matriu, no pot considerar-se constituent d'una circumstància extraordinària.

Per aquests motius, el TJUE determina que l'article 5.3 del Reglament núm. 261/2004 s'ha d'interpretar en el sentit que una vaga destinada a fer valer reivindicacions salarials o socials dels treballadors i convocada per un sindicat del personal d'un transportista aerí encarregat d'efectuar un vol per a solidaritzar-se amb la vaga convocada contra la societat matriu de la qual aquest transportista constitueix una filial, encara que continuï més enllà del termini anunciat inicialment pel sindicat convocant de la vaga, no està compresa en el concepte de *circumstància extraordinària* (§ 34).

3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SETENA) DEL 18 DE NOVEMBRE DE 2021, SOBRE L'EXIGÈNCIA D'INTEL·LIGIBILITAT I TRANSPARÈNCIA I LES FACULTATS DEL JUTGE NACIONAL¹⁸

Aquesta sentència té per objecte la interpretació dels articles 3.1,¹⁹ 4.1²⁰ i 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors. En concret, el Tribunal ha de delimitar el contingut de l'obligació de redactar de manera clara i comprensible el contracte i, en concret, les clàusules predisposades en relació amb les estipulacions contractuals que

18. STJUE (Sala Setena) del 18 de novembre de 2021, assumpte C-212/20, M. P. i B. P. contra «A.» prowadzący działalność za pośrednictwem «A.» S.A.

19. L'article 3.1 de la Directiva 93/13/CEE determina: «Les clàusules contractuals que no s'hagin negociat individualment es consideren abusives si, malgrat les exigències de la bona fe, causen en detriment del consumidor un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte».

20. L'article 4.1 de la Directiva 93/13/CEE determina: «Sens perjudici de l'article 7, el caràcter abusiu d'una clàusula contractual s'aprecia tenint en compte la naturalesa dels béns o serveis que siguin objecte del contracte i considerant, en el moment de la celebració, totes les circumstàncies que concorrin en la seva celebració, així com totes les altres clàusules del contracte, o d'un altre contracte de què depengui».

fixin el tipus de canvi de compra i de venda d'una divisa estrangera en un contracte indexat a aquesta. I, per altra banda, si és possible interpretar una estipulació contractual declarada abusiva, relativa a la forma de fixació del tipus de canvi pel prestador, de manera que prevalgui la interpretació més favorable al consumidor.

En el litigi que suscita la Sentència, el tribunal nacional polonès ha de dirimir entre les pretensions de M. P. i B. P., que van subscriure un contracte de préstec hipotecari indexat a una divisa estrangera, francs suïssos (CHF), i amb un tipus d'interès variable de referència LIBOR²¹ 3M (CHF), i «A.», l'entitat bancària amb qui contractaren, respecte a la seva interpretació del sentit de la clàusula d'indexació del contracte de préstec hipotecari. Així doncs, d'acord amb els demandants, la clàusula d'indexació del préstec en divisa estrangera era abusiva perquè no especificava el mètode utilitzat pel banc per a determinar el tipus de canvi, mentre que l'entitat afirma que aquesta clàusula preveu la determinació de la cotització de la divisa del préstec en funció de la cotització del mercat, tal com es reproduïx diàriament en el quadre de tipus de canvi del banc.

Segons l'òrgan jurisdiccional que remet les qüestions prejudicials, la clàusula d'indexació controvertida en el litigi principal presenta, a causa del caràcter general del seu sentit, una certa ambigüitat, de manera que acaba considerant que «A.» no ha complert les seves obligacions d'informació i de transparència previstes en l'article 5 de la Directiva 93/13 (§ 24). Tanmateix, el Tribunal també es qüestiona si, atès el grau d'imprecisió al qual s'ha de sotmetre el càlcul tenint en compte la durada del contracte de préstec, és a dir, del mateix mecanisme d'indexació a una divisa estrangera, el tipus de canvi de la qual varia constantment, i basant-se en la facultat que li confereix el seu dret nacional d'interpretar la voluntat de les parts d'acord amb la «intenció comuna de les parts d'un contracte», si no li seria possible determinar el valor de mercat de la divisa estrangera d'indexació com a criteri de fixació de la cotització d'aquesta divisa d'acord amb el contracte controvertit en el litigi principal, la qual cosa garantiria l'equilibri de prestacions entre les parts del contracte.

Així doncs, per tal de donar resposta a aquestes qüestions el TJUE determina, en primer lloc, si per a considerar que està redactada de manera clara i comprensible en el sentit de les disposicions esmentades, la clàusula continguda en un contracte de préstec celebrat entre un professional i un consumidor i que fixa els preus de compra i de venda de la divisa estrangera a què s'ha indexat el préstec, s'ha de redactar de manera que permeti al consumidor determinar de manera independent, en qualsevol moment de l'execució del contracte, la cotització de la divisa aplicada per a determinar l'import de les quotes de reemborsament del préstec (§ 35), o bé si, per altra banda, és suficient una remissió genèrica al sistema de càlcul.

21. LIBOR (London InterBank Offered Rate) a tres mesos.

En aquest sentit, el TJUE s'afanya a recordar que l'exigència de transparència de les clàusules contractuals s'ha d'entendre com l'obligació no només que la clàusula considerada sigui comprensible per al consumidor en un pla formal i gramatical, sinó que possibiliti que el consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç, estigui en condicions de comprendre el funcionament concret d'aquesta clàusula i de valorar així, basant-se en criteris precisos i comprensibles, les conseqüències econòmiques, potencialment significatives, de tal clàusula sobre les seves obligacions financeres (§ 42). Per al cas dels contractes de crèdit, això implica que les institucions financeres han de facilitar als prestataris la informació suficient perquè puguin prendre decisions fundades i prudentes.

Així doncs, si bé en el moment de la conclusió del contracte els prestataris van demostrar que entenien la clàusula relativa a la indexació en el sentit que preveia aquest (§ 45), i si bé la redacció del clausulat no dona peu a ambigüitats (§ 48), també és cert que no s'hi pot observar cap menció de la determinació del tipus de canvi que s'aplicarà per a calcular les quotes. I, en aquest sentit, el TJUE afirma que el fet que els tipus de canvi evolucionin a llarg termini no pot justificar la manca de menció dels mètodes de càlcul de les quotes en les estipulacions contractuals, ni tampoc la manca de menció dels criteris utilitzats pel banc per a fixar el tipus de canvi aplicable per al càlcul de les quotes de reemborsament, sinó que ha de permetre al consumidor, en tot cas, determinar-lo en qualsevol moment. Aquest raonament porta el TJUE a confirmar que no s'observa l'exigència de transparència imposada per la Directiva 93/13 si no s'informa dels criteris de càlcul utilitzats pel banc (§ 53).

Mitjançant la resta de qüestions prejudicials, en essència, el tribunal polonès sol·licita la possibilitat d'integrar, basant-se en la potestat que li concedeix el seu dret nacional, la clàusula relativa a la fixació del tipus de canvi declarada abusiva, fent una reinterpretació d'aquesta favorable al consumidor. En aquest sentit, el TJUE afirma que si el jutge nacional tingués la facultat de modificar el contingut de les clàusules abusives, això podria posar en perill la consecució de l'objectiu a llarg termini previst en l'article 7²² de la Directiva 93/13, ja que contribuiria a eliminar l'efecte dissuasiu que exerceix sobre els professionals el fet que les clàusules abusives no s'apliquin davant dels consumidors, atès que els professionals podrien veure's temptats d'utilitzar-les en saber que, encara que s'arribés a declarar la nul·litat d'aquestes, el contracte podria ser integrat pel jutge nacional en allò que calgués, garantint així l'interès d'aquests professionals (§ 69). Així mateix, el TJUE recorda que només si la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obligués el jutge a anul·lar el contracte en la seva totalitat, amb la qual cosa el consumidor quedaria exposat a conseqüències exposades especialment

22. L'article 7 de la Directiva 93/13 especifica: «Els estats membres han de vetllar perquè, en interès dels consumidors i dels competidors professionals, hi hagi mitjans adequats i eficaços perquè cessi l'ús de clàusules abusives en els contractes subscrits entre professionals i consumidors».

perjudicials que representin per a aquest una penalització, el jutge nacional podria substituir aquesta clàusula per una disposició supletòria del dret nacional (§ 72). Cosa que, en tot cas, hauria de ser objecte d'una anàlisi més extensa, ateses les reticències exposades pel TJUE envers la consideració que l'article 65 del Codi civil polonès²³ contingui, en veritat, una disposició supletòria de dret nacional i no, merament, una norma d'interpretació de caràcter general.

D'aquesta manera i amb l'objectiu d'evitar desvirtuar l'efecte dissuasiu de la Directiva, aquesta s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa que el jutge nacional que ha constatat el caràcter abusiu d'una clàusula d'un contracte subscrit entre un professional i un consumidor, porti a terme una interpretació d'aquesta clàusula que permeti pal·liar-ne el caràcter abusiu, encara que aquesta interpretació correspongui a la voluntat comuna de les parts contractuals.

5. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA PRIMERA) DEL 21 DE DESEMBRE DE 2021, SOBRE COMPENSACIÓ I ASSISTÈNCIA ALS PASSATGERS AERIS EN CAS DE CANCEL·LACIÓ O GRAN RETARD DELS VOLS COM A CONSEQÜÈNCIA D'UN CANVI D'HORA EN LA SORTIDA DEL VOL²⁴

En el marc d'un ajornament de l'horari de sortida d'un vol, el Tribunal ha de delimitar el concepte de *cancel·lació del vol* previst en els articles 2^l²⁵ i 5.1²⁶ del Reglament núm. 261/2004. En concret, el TJUE ha de determinar si les disposicions esmentades s'han d'interpretar en el sentit que un vol es considera cancel·lat quan el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol ajorna la seva hora de sortida menys de tres hores, sense fer cap altra modificació d'aquest vol (§ 14).

En aquest sentit, el TJUE declara que, d'acord amb l'article 2^l del Reglament esmentat, a diferència del retard d'un vol, la cancel·lació és conseqüència que no s'hagi efectuat un vol inicialment previst (§ 18). Així doncs, del Reglament no es pot deduir

23. L'article 65 del *Kodeks cywilny* (Codi civil polonès) està redactat en els termes següents: «1. La manifestació de voluntat s'interpretarà de conformitat amb els principis que regeixen la convivència social i amb els usos, tenint en compte les circumstàncies en què es produeixi. 2. En els contractes, cal atendre la intenció comuna de les parts i la finalitat perseguida, més que limitar-se al sentit literal dels seus termes».

24. STJUE (Sala Primera) del 21 de desembre de 2021, assumpte C-395/20, E. P. i G. M. contra Corendon Airlines Turistik Hava Taşımacılık A. Ş.

25. La lletra l de l'article 2 del Reglament 261/2004 defineix la cancel·lació com «la no realització d'un vol programat i en què s'havia reservat almenys una plaça».

26. L'article 5.1 del Reglament 261/2004 estableix els casos en què el transportista concorre en els supòsits de cancel·lació d'un vol.

que un vol amb retard pugui qualificar-se de vol cancel·lat per la simple raó que la demora s'hagi prolongat, ni tan sols si es produeix un gran retard.

D'aquesta manera i en consonància amb la Sentència del 19 de novembre de 2009,²⁷ el vol només es pot considerar cancel·lat si el transportista aeri transporta els passatgers en un altre vol la programació inicial del qual difereixi de la del vol inicialment previst, amb independència que la modificació horària s'hagi anunciat amb antelació o no (§ 19, 20 i 21). Així doncs, s'ha de considerar que un vol no s'ha cancel·lat quan el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol ajorna la seva hora de sortida menys de tres hores, sense dur a terme cap altra modificació d'aquest vol (§ 23).

6. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA PRIMERA) DEL 21 DE DESEMBRE DE 2021, SOBRE EL CONTROL D'ABUSIVITAT D'UNA CLÀUSULA QUE REFLECTEIX UNA DISPOSICIÓ NACIONAL DE CARÀCTER SUPLETORI²⁸

En el marc d'un litigi iniciat amb l'objectiu de declarar l'abusivitat de determinades clàusules integrades en un contracte de préstec hipotecari signat entre dos consumidors (D. P. i S. G.) i l'entitat bancària Trapeza Peiraios AE i on es fixava que el reemborsament del saldo pendent de pagament s'efectuaria en francs suïssos, així com que els interessos es calcularien d'acord amb un tipus fix durant els tres primers anys i després segons un tipus variable sobre la base de l'índex LIBOR en francs suïssos a tres-cents seixanta dies, el TJUE és forçat a pronunciar-se sobre si és possible fer el control jurisdiccional de clàusules que reflecteixen disposicions legals o reglamentàries de dret imperatiu o supletori basant-se en la possibilitat que els estats adoptin disposicions més estrictes per tal de garantir al consumidor un major grau de protecció.

Respecte a la primera de les qüestions, el Tribunal reitera el posicionament²⁹ mantingut anteriorment segons el qual la Directiva 93/13³⁰ exclou del seu àmbit d'aplicació les clàusules contractuals que reflecteixin «disposicions legals o reglamentàries imperatives», expressió que, a la vista del considerant tretzè d'aquesta Direc-

27. STJUE (Sala Quarta) del 19 de novembre de 2009, assumptes C402/07 i C432/07, Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon i Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH i Stefan Böck i Cornelia Lepuschitz contra Air France SA.

28. STJUE (Sala Sisenà) del 21 de desembre de 2021, assumpte C-240/20, D. P. i S. G. contra Trapeza Peiraios AE.

29. Sentència del 2 de setembre de 2021, assumpte C-932/19, OTP Jelzálogbank i altres contra J. Z., EU:C:2021:673.

30. Directiva 93/13/CEE del Consell, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors. DOUE, núm. 95, 21 d'abril de 1993, p. 29-34 (6 p.).

tiva, inclou no només les disposicions de dret nacional que s'apliquen entre les parts contractants independentment de la seva elecció, sinó també les que són de caràcter supletori, és a dir, les que s'apliquen per defecte, quan les parts no han pactat una altra cosa (§ 30). El TJUE justifica aquest posicionament prenent com a base la noció que és legítim presumir que el legislador nacional ha disposat un equilibri entre el conjunt de drets i obligacions de les parts en determinats contractes, equilibri que el legislador de la Unió ha volgut preservar expressament (§ 35). Així doncs, queda palesa la idea que els tribunals nacionals no poden controlar, des del punt de vista de la Directiva 93/13, el caràcter abusiu d'una clàusula inclosa en un contracte subscrit entre un professional i un consumidor, encara que no hagi estat negociada individualment, si reflecteix una disposició legal o reglamentària que sigui imperativa. En el cas concret que suscità aquest pronunciament, tot i que les clàusules controvertides no van ser negociades entre les parts del contracte de préstec, com que reproduïen el contingut de l'article 291 del Codi civil grec,³¹ al qual es qualifica de disposició legal de caràcter supletori, no es poden sotmetre al control d'abusivitat.

La segona qüestió, en essència, ve a determinar si l'article 1.2³² de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que els òrgans jurisdiccionals d'un estat membre estan obligats a excloure de l'àmbit d'aplicació de la Directiva les clàusules a què es refereix aquest article 1.2, encara que aquesta disposició no hagi estat transposada de manera formal a l'ordenament jurídic d'aquest estat, i, en aquest supòsit, si aquests òrgans jurisdiccionals poden considerar que l'article 1.2 esmentat ha estat incorporat de manera indirecta al dret nacional i d'aquesta manera poden entrar a valorar l'abusivitat per la via dels articles 3.1 i 4.1 de la Directiva (§ 41). En concret, el TJUE ha de valorar les conseqüències de la no transposició d'aquesta disposició al dret intern. I si aquesta manca de transposició pot o no modificar l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13, que en principi ha de ser el mateix a tots els estats membres, sens perjudici de les adaptacions autoritzades pel dret de la Unió.

En aquest sentit, el TJUE confirma que el fet que no s'hagi transposat formalment l'article 1.2 de la Directiva mitjançant un precepte legal exprés i específic, no vol dir que els òrgans jurisdiccionals d'un estat membre puguin considerar que aquella disposició ha estat incorporada indirectament a aquest ordenament mitjançant la transposició dels articles 3.1 i 4.1 de la Directiva esmentada, els quals no tenen el mateix objecte. Així doncs, la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que les clàu-

31. L'article 291 del Codi civil grec permet al prestatari, llevat que hi hagi un pacte en contra, pagar el seu deute expressat en moneda estrangera, o bé en aquesta moneda o bé en moneda nacional al tipus de canvi vigent al lloc en la data de pagament.

32. De l'article 1.2 de la Directiva 93/13 es desprèn que «[l]es clàusules contractuals que reflecteixin disposicions legals o reglamentàries imperatives, així com les disposicions o els principis dels convenis internacionals, especialment en l'àmbit dels transports, on els estats membres o la comunitat són part, no estaran sotmesos a les disposicions de la present Directiva».

sules que preveu l'article 1.2 estan excloses de l'àmbit d'aplicació encara que aquesta disposició no hagi estat transposada de manera formal a l'ordenament jurídic d'un estat membre, i, en aquest supòsit, els òrgans jurisdiccionals d'aquest estat membre no poden considerar que l'article 1.2 esmentat ha estat incorporat de manera indirecta al dret nacional mitjançant la transposició dels esmentats articles 3 i 4 de la Directiva (§ 50).

La darrera qüestió abordada pel Tribunal consisteix a determinar si l'article 8³³ de la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que no s'oposa a l'adopció o al manteniment de disposicions de dret intern que tinguin com a efecte aplicar el sistema de protecció dels consumidors previst per aquesta Directiva a les clàusules previstes en l'article 1.2. La posició tant dels demandants com de l'òrgan judicial que remet les qüestions prejudicials consisteix a atribuir a l'exclusió de la transposició de l'article 1, l'objectiu d'incrementar el nivell de protecció dels consumidors respecte del garantit per la Directiva. Així doncs, d'acord amb aquesta tesi, la no incorporació respon a la voluntat del legislador nacional —en aquest cas, grec— d'oferir un major nivell de protecció al consumidor. Tanmateix, el Tribunal confirma que l'article 1.2 de la Directiva 93/13, llegit tenint en compte el seu considerant tretzè,³⁴ exclou de l'àmbit d'aplicació d'aquesta Directiva determinades clàusules de contractes subscrits amb consumidors, en particular les que reflecteixin disposicions legals o reglamentàries imperatives. I confirma que de l'article 8 de la Directiva únicament es desprèn que la facultat de què disposen els estats membres en virtut d'aquesta disposició per a incrementar el nivell de protecció dels consumidors, és aplicable en l'àmbit regulat per aquesta Directiva. Per a acabar, cal concloure que l'esmentat article 1 de la Directiva en cap cas afecta la facultat dels estats membres, enunciada en el considerant tretzè i en l'article 8 de la Directiva, de garantir al consumidor un nivell més alt de protecció mitjançant disposicions nacionals més estrictes que les de la Directiva, i, per tant, l'article 8 d'aquesta no s'aplica a l'article 1.2 esmentat (§ 61).

33. De l'article 8 de la Directiva 93/13 es desprèn que «[e]ls estats membres podran adoptar o mantenir en l'àmbit regulat per aquesta Directiva, disposicions més estrictes que siguin compatibles amb el Tractat, a fi de garantir al consumidor un nivell més alt de protecció».

34. El considerant tretzè de la Directiva 93/13 especifica:

Considerant que se suposa que les disposicions legals o reglamentàries dels estats membres per les quals es fixen, directament o indirectament, les clàusules dels contractes celebrats amb els consumidors no contenen clàusules abusives; que, per tant, no resulta necessari sotmetre a les disposicions de la present Directiva les clàusules que reflecteixen les disposicions legals o reglamentàries imperatives ni les disposicions de convenis internacionals dels quals els estats membres o la comunitat siguin part; que, sobre això, l'expressió «disposicions legals o reglamentàries imperatives» que apareix en l'apartat 2 de l'article 1 inclou també les normes que, d'acord amb el dret, s'apliquen entre les parts contractants quan no existeixi cap altre acord.

7. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA PRIMERA) DEL 21 DE DESEMBRE DE 2021, RELATIVA A L'ABAST DE L'OBLIGACIÓ D'INFORMACIÓ DEL TRANSPORTISTA AERI ENCARREGAT D'EFFECTUAR UN VOL³⁵

En el context d'un litigi interposat per la demandant com a resposta a la negativa de la companyia aèria de fer efectiva la quantia corresponent a la compensació per haver avançat l'horari del vol contractat, el TJUE es veu obligat a determinar: en primer lloc, si avançar un vol més d'una hora respecte al temps previst pot considerar-se equivalent a ser cancel·lat, a efectes del Reglament núm. 261/2004; en segon lloc, si el passatger aeri que ha reservat un vol a través d'un intermediari, ha estat «informat», a efectes del Reglament, de la cancel·lació d'aquest vol quan el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol ha transmès la informació relativa a la cancel·lació a l'intermediari a través del qual va celebrar el contracte de transport aeri amb aquest passatger, almenys amb dues setmanes d'antelació respecte a l'hora de sortida prevista, sense que aquest intermediari hagi informat el passatger d'aquesta cancel·lació en el termini previst en la disposició esmentada.

Respecte a la primera qüestió, el TJUE afirma que, ja que els passatgers han de mobilitzar-se per a poder embarcar a l'avió, com a conseqüència de l'avançament del vol reservat la pèrdua de temps ocasionada al consumidor és major en els casos d'avançament de l'horari de sortida que en els casos de retard, i això justifica que s'admetin retards de menys de dues hores, mentre que els avançaments no poden superar l'hora. De l'article 5.1c, incís iii, del Reglament esmentat es desprèn, per tant, que qualsevol avançament d'una hora o menys pot eximir el transportista aeri encarregat d'efectuar un vol, de la seva obligació de compensar el passatger. Així doncs, cal considerar que un avançament de més d'una hora o d'una hora o menys constitueix la referència per a determinar si es tracta d'un gran avançament o d'un d'insignificant a l'efecte de l'aplicació de l'article 5 del Reglament esmentat.

Per altra banda, respecte a si es considera que el passatger aeri que ha reservat un vol a través d'un intermediari ha estat «informat» de la cancel·lació d'aquest vol quan el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol ha transmès la informació relativa a la cancel·lació a l'intermediari a través del qual ha celebrat el contracte de transport aeri amb aquest passatger, almenys amb dues setmanes d'antelació respecte a l'hora de sortida prevista, sense que aquest intermediari hagi informat el passatger d'aquesta cancel·lació en el termini previst en la disposició esmentada, el TJUE considera que de les disposicions del Reglament es desprèn que quan el transportista aeri encarregat d'efectuar un vol no pot provar que el passatger afectat ha estat informat de la can-

35. STJUE (Sala Primera) del 21 de desembre de 2021, assumpte C-263/20, Airhelp Limited contra Laudamotion GmbH.

cancel·lació del vol almenys amb dues setmanes d'antelació respecte a l'hora de sortida prevista, està obligat a abonar una compensació conforme a l'article 7 del Reglament núm. 261/2004.

De fet, d'acord amb el TJUE, aquesta interpretació és vàlida no tan sols entre transportista i passatger, sinó també quan el contracte s'ha celebrat mitjançant la intermediació d'un tercer. Així doncs, aquesta remissió a un tercer feta per la Directiva és el fonament utilitzat pel Tribunal a l'hora d'afirmar que el Reglament no condiciona el dret del transportista aeri encarregat d'efectuar un vol a reclamar una compensació, a l'existència d'un contracte que el vinculi amb un intermediari al qual el passatger aeri hagi contractat.

I, per tant, escau considerar que el passatger aeri que ha reservat un vol a través d'un intermediari no ha estat degudament «informat» de la cancel·lació quan, malgrat que el transportista aeri encarregat d'efectuar el vol hagi transmès la informació relativa a la cancel·lació a l'intermediari a través del qual va celebrar el contracte de transport aeri amb aquest passatger, almenys amb dues setmanes d'antelació respecte a l'hora de sortida prevista, aquest intermediari no ha informat el passatger d'aquesta cancel·lació en el termini previst en la disposició referida i aquest passatger no ha autoritzat expressament l'intermediari a rebre la informació transmesa pel transportista aeri encarregat d'efectuar el vol.

QÜESTIONS
PRÀCTIQUES

LA DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA: ESTUDI DE DEU QÜESTIONS CONTROVERTIDES RESOLTES PEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Joan-Maria Raduà Hostench
Advocat

La comunitat de béns és vista tradicionalment com a font de conflictes entre els seus integrants. Per aquest motiu, el legislador afavoreix l'exercici de l'acció de divisió fins al punt que qualsevol copropietari la pot exercir en qualsevol moment (tal com disposa el primer apartat de l'article 552-10 del Codi civil de Catalunya [CCCat], amb les úniques excepcions previstes en els apartats 2, 3 i 4 del mateix article).

El procediment per a practicar-la sovint és motiu de controvèrsia i, de fet, hi ha resolucions diverses per part de la judicatura, cosa que ha fet que en els darrers anys el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) hagi hagut d'aclarir i de perfilar els criteris per a executar la divisió. En aquest article fem esment de deu dels diferents temes o aspectes que ha hagut de resoldre en cassació el TSJC. Seguidament tractarem els criteris jurisprudencials que ha fixat en les sentències que comentem en cadascun dels deu apartats següents.

1. CARÀCTER DISPOSITIU O IMPERATIU DE LES NORMES QUE REGULEN LA DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA

El caràcter dispositiu dels criteris per a practicar la divisió va ser proclamat en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) del 10 de febrer de 2011, en la qual el TSJC accepta que s'apliquin a la divisió de la cosa comuna els criteris de divisió establerts en el Codi civil (CC) espanyol perquè ho havien pactat expressament tots els comuners, els quals van establir que, en cas de divisió de la comunitat, aquesta es faria d'acord amb el CC. El recurrent en cassació va denunciar la inaplicació de la normativa espanyola perquè a Catalunya cal aplicar el CCCat. Ara bé, el TSJC considera que les normes del CCCat són dispositives i no imperatives, de manera que si en constituir-se la comunitat indivisa o posteriorment els comuners van pactar unànimement que per a regular la divisió de la comunitat s'hauria d'aplicar el CC, llavors cal aplicar aquest perquè és el sistema de divisió acordat pels cotitulars.

Aquest caràcter potestatiu o dispositiu ha estat confirmat per altres sentències del TSJC, com la del 19 d'abril de 2018 i la del 5 de juliol de 2018. En la primera s'estableix que els copropietaris poden pactar per unanimitat com fer la divisió sense subjectar-se a les regles dels apartats 2-6 de l'article 552-11 CCCat:

[...] si los propietarios no se ponen de acuerdo, la autoridad judicial decidirá conforme a los criterios establecidos en los apartados 2 a 6 del artículo 552-11, que deberán ser ponderados, en unos casos discrecionalmente, y en otros obligatoriamente por el juez, a la vista de las pretensiones de las partes, de la naturaleza del objeto a dividir y de la participación que en él tengan los litigantes

I afegeix:

[...] entre los primeros, se halla el que permite establecer sobre el inmueble objeto de la comunidad ordinaria el régimen de propiedad horizontal, lo que aquí no es factible; la división mediante la atribución del usufructo a uno o varios cotitulares y la nuda propiedad a uno u otros (artículo 552-11.3) tampoco es viable en este caso. Entre las normas imperativas destaca la que prima el interés del partícipe mayoritario, pues se permite al cotitular que ostenta como mínimo el 80 % de las cuotas sobre el bien o derecho que pueda exigir la adjudicación objeto de la comunidad, pagando en metálico a los demás titulares el valor pericial de su participación (artículo 552-11.4).

A més, cal tenir present que si en el procediment de divisió les parts han estat d'acord en el criteri aplicable per a practicar-la, el jutjat no pot aplicar un criteri diferent. Això ha declarat el TSJC en la seva Sentència del 5 de desembre de 2019:

[...] ara bé, el que en cap cas sosté aquesta doctrina és que el tribunal pugui resoldre la contesa fent aplicació d'un criteri legal de divisió diferent d'aquell que les parts voluntàriament hagin considerat prevalent fins al punt de considerar-lo qüestió no controvertida, com succeeix en el nostre cas.

I afegeix:

[...] en efecte, els litigants van acordar lliurement i irrevocable mitjançant les postures adoptades en els respectius escrits d'al·legacions, consolidades en l'audiència prèvia, i que no poden ser objecte de variació unilateral en el judici, el procediment de divisió que havia d'aplicar-se als immobles [...] de manera que la sentència que havia de pronunciar el jutge i més tard el tribunal d'apel·lació havia de ser congruent amb aquestes pretensions oportunament deduïdes en el litigi, excloses de tota controvèrsia per imperatiu dels articles 216 i 218 LEC.

2. PACTE D'INDIVISIÓ

La comunitat de béns és vista pel legislador i per la jurisprudència com una situació transitòria, de manera que, a manca d'un pacte exprés d'indivisió, els comuns no estan obligats a romandre en la comunitat i per això poden demanar-ne en qualsevol moment l'extinció. Ara bé, l'existència d'un acord unànimе d'indivisió establert pels comuns els vincula (en el temps que no superi el topall establert en l'article 552-10.2 CCCat).

El TSJC ha admès en la seva Sentència de l'11 d'abril de 2019¹ com a motiu per a no practicar la divisió, el pacte acordat pels hereus en l'escriptura de divisió de l'herència consistent a mantenir la situació d'indivisió, en aquest cas, per motius tributaris.

3. CAL NO CONFONDRE L'ACCIÓ DE DIVISIÓ AMB EL PROCEDIMENT PER A DUR-LA A TERME, DE MANERA QUE NO ES PRODUEIX INCONGRUÈNCIA QUAN LA SENTÈNCIA NO ORDENA LA PRÀCTICA DE LA DIVISIÓ EN LA FORMA SOL·LICITADA PER LES PARTS

El TSJC ha volgut deixar clar en moltes de les seves sentències que no és el mateix l'acció de divisió que la manera de materialitzar-la. Aquesta diferència és la que explica i alhora permet que el Tribunal no hagi de seguir necessàriament la manera de procedir postulada per les parts. Així, la Sentència del 19 d'abril de 2018 proclama:

[...] la acción de división es una única acción. No existen tantas acciones como formas de llevar a cabo la división. En consecuencia, no existe incongruencia en aquellas sentencias que no acceden a dividir en la forma solicitada por la parte actora o la parte demandada, sino en la forma que acuerda el juez conforme a los criterios legales de aplicación.

1. Es diu en aquesta sentència:

D'altra banda, si la tesi dels demandants és que el motiu determinant de l'assumpció del compromís de no vendre (obtenció d'una substancial reducció tributària) ha desaparegut respecte de dos dels intervinents, aquesta nova circumstància no pot ser imposada al tercer intervinent en aquest pacte, el demandat, qui en tot moment ha manifestat el seu interès per seguir en la divisió de l'habitatge rebut en herència de la seva mare pel termini de cinc anys convingut a fi de consolidar, en els termes de l'article 19.1 de la Llei 19/2010, la reducció de l'impost de successions, la qual consolidació s'ha produït el 6 d'abril de 2019, als cinc anys de la mort de la causant (STSJC 11 abril 2019, Roj: STSJ CAT 2836/2019).

Això no vol dir que el jutge pugui obviar els criteris imperatius (per exemple, quan un partícip que té més del 80 % demana que li sigui adjudicat el bé, en aquest cas l'hi haurà d'adjudicar), sinó que significa que no necessàriament ha d'aplicar el procediment que li demanen les parts.

Així ho ha reiterat també el TSJC en les seves sentències del 5 de juliol de 2018, 18 de febrer de 2019, 11 de novembre de 2019 i 11 de gener de 2022.

Per tant, un cop exercida l'acció de divisió, el jutge ha d'aplicar al cas concret el criteri legal de divisió que consideri més adient i no està lligat pel que hagin manifestat les parts.² Ara bé, considerem que això s'ha de matisar. Al nostre entendre, si les parts estan d'acord amb el procediment de divisió, en aquest cas el jutge haurà de seguir el criteri acordat per les parts. De fet, és el que el mateix TSJC va disposar en la Sentència del 5 de desembre de 2019, comentada abans:

[...] ara bé, el que en cap cas sosté aquesta doctrina és que el tribunal pugui resoldre la contesa fent aplicació d'un criteri legal de divisió diferent d'aquell que les parts voluntàriament hagin considerat prevalent fins al punt de considerar-lo qüestió no controvertida, com succeeix en el nostre cas.

De fet, aquesta darrera sentència reconeix l'autonomia de la voluntat de les parts i entronca amb la línia ja marcada per la Sentència del 10 de febrer de 2011, que proclamava el caràcter dispositiu de les normes reguladores de l'extinció de la comunitat indivisa en el CCCat quan existeix acord unànimе entre els propietaris.

4. NO CAL INTERPOSAR UNA RECONVENCIÓ PER A PROPOSAR UN SISTEMA DE DIVISIÓ ALTERNATIU

Precisament, perquè no s'ha de confondre l'acció de divisió amb la manera de materialitzar-la, el TSJC ha proclamat reiteradament que el demandat no ha de formular una reconvenció per a proposar un sistema de divisió alternatiu al que demana l'actor.

2. Així, la STSJ del 18 de febrer de 2019 (Roj: STSJ CAT 1288/2019) diu:

Ejercitada la acción, no puede vincularse la misma a que la división se haga de una determinada manera, sino que el Juez debe resolver conforme a la discusión planteada por las partes; en este caso, si la finca es indivisible, como dice la parte actora, o es divisible, como afirma la parte demandada.

Això ha manifestat el TSJC en les sentències del 7 de gener de 2015,³ 18 de febrer de 2019 i 11 de gener de 2022, entre d'altres.

5. CONCEPTE D'INTERÈS EN L'ADJUDICACIÓ DEL BÉ INDIVISIBLE

Tradicionalment la jurisprudència de les audiències catalanes havia considerat que per a adjudicar un bé indivisible no feia falta justificar un interès, sinó que es considerava suficient manifestar el desig de quedar-se el bé.

Aquesta interpretació va ser modificada per la STSJC del 3 de novembre de 2016, que va declarar que no n'hi ha prou amb dir que es té interès en l'adjudicació del bé, sinó que, quan més d'un propietari manifesta que desitja el bé, llavors cal anar més enllà del que seria un simple interès merament subjectiu i cercar l'existència d'un interès legítim jurídicament tutelable. Això implica que si més d'un titular manifesta el seu interès en l'adjudicació del bé, el tribunal haurà de comparar els interessos adduïts per les parts per tal d'adjudicar el bé a la part que hi tingui major interès tutelable (i, en cas d'interès i de quota de participació iguals, decidirà la sort). Així, tal com diu la sentència esmentada a l'inici del paràgraf:

Contràriament a la tesi que segueix la Sentència de l'Audiència, l'interès no és un interès merament subjectiu, sinó que es tracta d'un interès legítim jurídicament tutelable, un interès que no pot dependre tan sols de motivacions absolutament personals i subjectives dels comuns, com ara: si un és més ric o més pobre, si un ho ocupa amb títol i l'altre no, tampoc si un cotitular (cas que es tracti, com aquí succeeix, d'un habitatge) hi té el seu domicili o residència habitual i l'altre no, ja que podria ésser que el fet de tenir-hi el domicili provingués de la simple descendència dels altres, o pel fet que el posseïdor hagués abusat dels seus drets, o fins i tot pel fet d'haver-li estat atribuït l'ús de l'habitatge en un procediment matrimonial o similar.

Aquesta obligació de ponderar els interessos va ser ratificada posteriorment pel mateix TSJC quan va refermar la seva doctrina en la Sentència del 5 de juliol de 2018,

3. STSJC del 7 de gener de 2015 (Roj: STSJ CAT 547/2015):

La reconvencción implica el ejercicio de una acción independiente frente a la promovida por la parte demandante, que pretende la efectividad de un derecho respecto de ésta, cosa que no acontece en el caso enjuiciado, en que ambas partes están conformes con la división de los bienes comunes y la discrepancia surge en la forma de llevarla a cabo, que emana y deriva precisamente del carácter supuestamente indivisible del patrimonio, según las actoras, y divisible, según sostienen los demandados.

en la qual afirma que «cal ponderar en cada cas l'interès de les parts en el bé, considerat en si mateix, i en cas que fossin equivalents aplicant els paràmetres exposats abans, haurà de decidir la sort».

També la Sentència del 5 de desembre de 2019 ho reitera:

[...] no n'hi ha prou amb la simple formulació de l'interès, sinó que aquest ha de ser legítim i jurídicament tutelable, i [...] no pot dependre tan sols de motivacions absolutament personals i subjectives dels comuners, la qual cosa obliga a ponderar les circumstàncies concurrents.

6. MOMENT DE MANIFESTAR L'INTERÈS

Una altra qüestió controvertida és la del moment en què les parts han d'expressar el seu interès en l'adjudicació del bé. Aquest tema ha estat abordat en diverses sentències del TSJC.

La STSJC del 5 de desembre de 2019 tracta directament aquest tema i es fa ressò del criteri marcat per la STSJC del 3 de novembre de 2016, on es van considerar determinants el factor temporal i la conducta de les parts al llarg del procediment. És a dir, quan les parts van exterioritzar el seu interès.⁴

També la STSJC de l'11 de febrer de 2022 analitza la conducta de les parts en el procediment i pren en consideració quan van expressar el desig d'adjudicar-se el bé. El que el TSJC vol evitar és una actuació deslleial d'una de les parts, que manifesta

4. Diu la STSJC del 3 de novembre de 2016 (Roj: STSJC 8921/2016):

I, aplicant la dita doctrina al tema en decisió, l'interès el té manifestament la senyora T. pel fet que: quan contesta la demanda, és a dir, quan es dirigeix als tribunals per primera vegada, en aquest debat, ja mostra la seva voluntat de seguir vivint a l'habitatge en litigi, d'adquirir l'habitatge i s'ofereix a pagar-ne la part del preu just que li correspongui; també, durant tot el litigi, exhibeix el seu interès per continuar-hi vivint, on ja té la vida organitzada i [...]. Contràriament a l'anterior afirmació, no hi ha res que permeti afirmar que el senyor L. tingui un interès igualment tutelable al de la senyora T. quan: a) en el primer moment, en la presentació de la demanda fa evident la seva manca de voluntat d'adquirir l'habitatge i immediatament insisteix a vendre'l en subhasta pública, fent palès que li importa poc el destí de la finca en litigi; b) una vegada vista la resposta de la contrària que exhibeix sense dubtes la voluntat de seguir desenvolupant la seva vida familiar en la finca objecte de la contesa, la conducta del senyor L. fa un gir radical, i ara diu que li agrada el lloc on està situat l'immoble però d'aquest només se n'infereix una prioritat a perjudicar la part contrària, ja que la seva voluntat d'adquirir la casa de Vilosell sembla que neix en el moment que descobreix que la senyora T. no la vol vendre, sinó que vol continuar vivint-hi; c) ja fa molts anys que no hi viu atès que té un altre habitatge i no ha fet cap acció encaminada a oferir un pacte a la senyora T. per comprar-li la seva part, tot i que afirma que aquesta va voler reconciliar-se amb ell perquè necessitava diners per mantenir els seus fills i les seves necessitats bàsiques [...].

tard el seu interès com a estratègia de defensa davant de la manifestació de la voluntat de l'altra part d'adjudicar-se el bé.

Aquesta sentència afirma:

[...] para que pueda ser tomado en consideración dicho interés, deberá haber sido manifestado en la fase declarativa del procedimiento de división o, incluso, en la ejecución de la correspondiente resolución judicial, pero en este caso solo si no se discutió antes aquella. En este sentido, cabe aludir al supuesto de infracción procesal por manifestación extemporánea del interés en adjudicarse la cosa común indivisible por uno de los cotitulares, en oposición al oportunamente manifestado por otro que analizamos en nuestra STSJCat 79/2019 (FFDD2-3).

En aquest punt, cal també destacar la STSJC del 30 d'octubre de 2020, que afirma:

Si alguno de los copartícipes tiene interés en la adquisición del bien, lo ha de indicar así, sea en la fase declarativa del procedimiento de división si se discutió en ella el procedimiento para su cese, sea en la fase de ejecución si no se resolvió antes, como sucedió en el presente caso (STSJCat 79/2019 de 5 de diciembre). Solo si (o en el caso de que) *ningún* cotitular tiene interés, procede la venta, que necesariamente será a terceros.

Tot seguit, manifesta:

[...] de este modo, no cabe que el cotitular intervenga en la subasta, pues su participación demuestra que sí tenía interés en la cosa y, por tanto, que debió solicitar su adjudicación pagando a los demás el valor pericial de su participación, que en *ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación*.

Així doncs, sembla que amb aquesta sentència el TSJC prohibeix la participació dels cotitulars en la subhasta, pràctica que es produeix en més d'una ocasió. Al nostre entendre (i a falta que el mateix TSJC ratifiqui o aclareixi aquesta declaració), el que es vol evitar no és tant que un partícip intervingui en la subhasta, sinó que se li adjudiqui el bé per sota del valor pericial i obtingui així un enriquiment injust (tema que tractarem a continuació). Donaria peu a aquesta interpretació la STSJC de l'11 de febrer de 2022, que seguidament comentarem juntament amb la STSJC del 30 d'octubre de 2020.

7. PROHIBICIÓ DE L'ENRIQUIMENT INJUST D'UN PARTÍCIPI EN DETRIMENT DE L'ALTRE

Com dèiem, la STSJC de l'11 de febrer de 2022 també resulta molt interessant per a evitar abusos i l'enriquiment d'una part respecte de l'altra quan se subhasta el bé i s'adjudica a un dels partícips en la subhasta. El TSJC vol evitar que quan el bé surt a subhasta (perquè cap dels cotitulars ha manifestat interès en el bé), aquest acabi sent adjudicat a un dels copropietaris per un valor inferior al pericial. En aquest cas, el TSJC afirma:

[...] lo que no sería posible, por considerarse contrario a las reglas de la buena fe (art. 111-7 CCCat), es la adquisición *ex post* en subasta pública de la cosa común por uno de los copartícipes por valor inferior al determinado pericialmente en el precedente procedimiento de división, en el curso del cual no hubiere exteriorizado su interés por adquirirla, teniendo en cuenta que la acción de división no puede beneficiar a uno de los partícipes en detrimento de los demás (STSJCat 35/2020 FD3).

De fet, aquesta sentència segueix el camí marcat per la STSJC del 30 d'octubre de 2020, dictada en un procediment d'enriquiment injust produït arran de l'adjudicació d'un bé immoble per sota del valor pericial a un cotitular en una subhasta judicial seguida en un procediment de divisió de la cosa comuna en adjudicar-se l'immoble. El cotitular que no es va adjudicar el bé va interposar una demanda en la qual sol·licitava la compensació del valor per enriquiment injust de l'altre copropietari, cosa que va aconseguir. I tot això perquè, tal com declara aquesta sentència:

[...] la acción de división no puede beneficiar a uno de los partícipes en detrimento de los demás. Antes bien, al final del proceso, todos deben ver preservado por igual el valor económico de su propiedad en función de la participación que sobre ella tenían. Este principio no se cumpliría si uno de los comuneros —el que participa en la subasta— conserva el valor de la parte que le corresponde y paga a los demás un menor precio por las suyas.

8. ACUMULACIÓ DE L'ACCIÓ DE DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA EN UN PROCEDIMENT MATRIMONIAL

L'acció de divisió es pot acumular a un procediment matrimonial (art. 552-11.6 i 232-12 CCCat i 437.4.4 LEC). Ara bé, perquè es puguin tramitar conjuntament cal que no existeixi cap controvèrsia sobre la titularitat del bé ni sobre les quotes de cadascun dels cònjuges. Si això succeeix, no es podrà acumular l'acció de divisió al

procediment matrimonial. Així ho ha establert la jurisprudència en sentències com la STSJC del 8 d'octubre de 2012:

[...] si existe controversia entre las partes respecto a la propiedad del dinero existente en las cuentas comunes, no puede estimarse la acción de división de la cosa común que se acumuló al proceso de divorcio, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo para dilucidar sus pretensiones respecto a la titularidad y reparto de las cuentas y productos financieros.

9. POSSIBILITAT DE FORMAR LOTS EN UN PROCEDIMENT ORDINARI

L'apartat 6 de l'article 552-11 CCCat manifesta expressament que les comunitats ordinàries que hi ha entre els cònjuges, en els procediments de separació, divorci o nul·litat matrimonial (també en casos de ruptura de la parella estable), es poden dividir com una sola divisió la totalitat o una part dels béns sotmesos al règim de comunitat ordinària que tinguin els cònjuges, d'acord amb l'article 232-12 CCCat. En ocasions ha sorgit la controvèrsia sobre si també poden formar-se lots en un procediment ordinari.

La citada anteriorment STSJC del 7 de gener de 2015, alhora que declara que no cal interposar una reconvenió per a proposar un sistema de divisió diferent del que proposa l'actor, admet la formació de lots d'immobles a petició d'una de les parts en un procediment ordinari.⁵

També la STSJC de l'11 de novembre de 2019 admet la formació de lots de béns en un procediment ordinari:

[...] la raó justificativa de la regla prevista en l'apartat 6 de l'article 552-11 CCCat és aplicable per via analògica (article 4.1 CC) a tota situació en què l'acció de divisió tingui per objecte una pluralitat de béns perfectament delimitada.

5. La STSJC del 7 de gener de 2015 (Roj: STSJ CAT 547/2015) admet que aquests lots es formin en el moment de l'execució de la Sentència, ja que afirma:

Así las cosas y como quiera que en el supuesto examinado no ha habido la necesaria contradicción para la formación de lotes, ni se ha seguido ninguno de los procedimientos de división que establece nuestra Ley adjetiva, es por lo que deberá realizarse, cual concluye certeramente la resolución de la Audiencia Provincial aquí recurrida, en trámite de ejecución de sentencia, en donde se procederá a determinar, con la debida contradicción, la integración y el valor de cada lote, las posibles compensaciones en metálico y el sistema de adjudicación, que, en defecto de pacto, será por sorteo.

En aquesta darrera sentència el TSJC estableix que no resulten aplicables de manera directa i preferent els criteris de divisió de l'apartat 5 de l'article 552-11 CCCat, ja que la divisió es projecta sobre un total de dinou elements privatis d'un edifici en propietat horitzontal i per aquesta raó considera d'aplicació preferent el que es preveu en els apartats 2 i 6 de l'article 552-11 CCCat, és a dir, fer lots per a repartir els dinou elements privatis entre els partícips.⁶

10. NO ADJUDICACIÓ D'UN BÉ NO DESITJAT

Ha estat objecte de debat si en practicar-se la divisió de béns divisibles o també en casos de formació de lots, es pot imposar l'adjudicació a una de les parts, d'un bé o d'un lot de béns que no desitja.

En aquest sentit, hem de recordar la STSJC del 19 de maig de 2014, que diu:

[...] no habiéndose solicitado expresamente por los cónyuges la formación de lotes a efectos de la división de la cosa en común, se acuerda adjudicar al esposo los bienes que radiquen en Barcelona, con obligación de abonar la mitad a su esposa, y de proceder a la venta de los bienes existentes en Andorra, repartiéndose por mitad entre ambos el precio obtenido.⁷

6. Així ho raona el Tribunal en el fonament jurídic setè de la STSJC de l'11 de novembre de 2019 (Roj: STSJ CAT 9839/2019):

En conseqüència, la decisió de l'Audiència d'aprovar la proposta lletra B del pèrit s'ajusta al procediment escaient (article 552-11, apartats 2 i 6 CCCat), ja que es tradueix en la distribució per lots dels béns entre els titulars, havent-se format els lots seguint criteris tan plausibles com ara (i) tractar que fossin de valor similar, minimitzant així les compensacions econòmiques, (ii) evitar al màxim les indivisions, inevitable només en el cas de l'àtic pel seu valor més rellevant i que ha estat acceptat de manera expressa i tàcita pels qui en són adjudicataris, (iii) respectar l'interès manifestat pels propietaris en l'assignació d'una finca concreta, principalment la d'aquells que tenen fixat llur domicili en un pis del propi edifici, i resoldre les concurrències d'interès en atenció a un estricte criteri cronològic en la seva formulació, (iv) no adjudicació d'una finca a qui hagués manifestat una voluntat contrària a dita adjudicació, (v) assignar als pisos i locals el seu valor de mercat, corregit a la baixa respecte dels que són ocupats per llogaters, llevat que l'ocupació l'exerceixi qui en resulta adjudicatari.

7. En aquest cas, l'espòs va demanar l'adjudicació dels béns situats a Barcelona i que s'adjudiquessin a l'esposa els situats a Andorra. Aquesta va manifestar que no desitjava cap dels béns. Per aquest motiu, el TSJC confirma l'adjudicació dels béns de Barcelona a l'espòs, que haurà de pagar a l'esposa el valor pericial de la seva participació en els béns, i ordena la subhasta dels situats a Andorra, ja que cap dels dos no els vol.

També en termes similars es manifesta el TSJC en la Sentència de l'11 de novembre de 2019 quan entre els criteris per a fer la distribució de lots entre els cotitulars indica expressament la «no adjudicació d'una finca a qui hagués manifestat una voluntat contrària a dita adjudicació».

RELACIÓ DE SENTÈNCIES CITADES:

STSJC del 10 de febrer de 2011; Roj: STSJ CAT 1857/2011.
STSJC del 8 d'octubre de 2012; Roj: STSJ CAT 10899/2012.
STSJC del 19 de maig de 2014; Roj: STSJ CAT 5537/2014.
STSJC del 7 de gener de 2015; Roj: STSJ CAT 547/2015.
STSJC del 3 de novembre de 2016; Roj: STSJ CAT 8291/2016.
STSJC del 19 d'abril de 2018; Roj: STSJ CAT 4984/2018.
STSJC del 5 de juliol de 2018; Roj: STSJ CAT 3578/2018.
STSJC del 18 de febrer de 2019; Roj: STSJ CAT 1288/2019.
STSJC de l'11 d'abril de 2019; Roj: STSJ CAT 2836/2019.
STSJC de l'11 de novembre de 2019; Roj: STSJ CAT 9839/2019.
STSJC del 5 de desembre de 2019; Roj: STSJ CAT 10651/2019.
STSJC del 30 d'octubre de 2020; Roj: STSJ CAT 9691/2020.
STSJC de l'11 de gener de 2022; Roj: STSJ CAT 1113/2022.

ASPECTOS PROCESALES DE LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA CUANDO EXISTEN VARIOS BIENES EN COMUNIDAD ORDINARIA INDIVISA

Albert Ejarque Pavia

Juez en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Durante la vigencia de la Ley 9/1998, del 15 de julio, del Código de familia, fue una cuestión polémica si resultaba o no procedente, en el marco del ejercicio de una acción de división de la cosa común acumuladamente en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio conforme a lo permitido en el artículo 43 de dicho cuerpo legal, el cauce del procedimiento al que se refieren los artículos 806 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC).

Se mostraba favorable a la adecuación del procedimiento previsto en los artículos 806-810 LEC a tales supuestos Vázquez Sotelo,¹ quien, refiriéndose al régimen de separación de bienes, afirmaba: «Para la liquidación de esos bienes de titularidad común (generalmente en proindivisión) debe poder acudirse a este proceso a no ser que se prefiera hacer remisión a la acción de división de cosa común, mediante el juicio ordinario».

Se mostraban también favorables Nasarre Aznar² y García González.³

1. José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, año 2004, núm. 1, p. 7.

2. Sergio NASARRE AZNAR, «La divisió dels béns en proindivisió en el règim de separació de béns de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat* (Societat Catalana d'Estudis Jurídics), núm. 10 (2009), p. 148.

3. José Antonio GARCÍA GONZÁLEZ, *La liquidació del règim econòmic de separació de béns de Catalunya. Aspectes civils i processals*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 81.

En contra de la adecuación de tal procedimiento se encontraba Roca Trías,⁴ por considerar en esencia que el régimen de separación de bienes no determina la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, tal y como exige el artículo 806 LEC.

Las audiencias provinciales catalanas mantuvieron también posiciones antagónicas. Así, la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (APB) se posicionó favorablemente a tal posibilidad en las sentencias de fecha 30 de junio de 2009,⁵ 2 de julio de 2009,⁶ 29 de julio de 2009⁷ y 27 de octubre de 2009,⁸ y la Sección 14ª de la misma APB se mostró también favorable en las sentencias de fecha 9 de junio de 2020⁹ y 1 de octubre de 2020.¹⁰

En cambio, la misma Sección 12ª de la APB se mostró contraria a tal posibilidad en la Sentencia de 23 de febrero de 2010,¹¹ así como la Sección 18ª en el Auto de 4 de febrero de 2005,¹² del mismo modo que también lo hizo la Audiencia Provincial de Girona en el Auto de 11 de febrero de 2005.¹³

2. SITUACIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

A partir de la entrada en vigor del libro segundo del Código civil de Cataluña (CCCat) el día 1 de enero de 2011, la disposición adicional tercera, párrafo segundo, de este cuerpo legal contempla expresamente, haciendo referencia al procedimiento de los artículos 806-811 LEC, que «[...] también debe aplicarse este procedimiento para dividir los bienes en comunidad ordinaria indivisa en el supuesto a que se refiere el artículo 232-12.2 del Código civil de Cataluña».

El supuesto al que se refiere el artículo 232-12.2 CCCat, para el cual sería adecuado el cauce de los artículos 806-811 LEC, es aquel en el que «existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa», y si «uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos».

4. Encarna ROCA TRIAS, «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 107 (2008), núm. 3, p. 673.

5. Roj: SAP B 6615/2009.

6. Roj: SAP B 7539/2009.

7. Roj: SAP B 7607/2009.

8. Roj: SAP B 12184/2009.

9. Roj: SAP B 5970/2020.

10. Roj: SAP B 8582/2020.

11. Roj: SAP B 1798/2010.

12. Roj: AAP B 509/2005.

13. Roj: SAP GI 272/2005.

La previsión normativa anterior puede suscitar, a mi entender, varias interpretaciones, cuando menos *a priori*.

Podría entenderse que la remisión que efectúa el párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat al «[...] supuesto a que se refiere el artículo 232-12.2» de dicho cuerpo legal alude al hecho de la existencia de «varios bienes en comunidad ordinaria indivisa», de modo que siempre que exista más de un bien en comunidad ordinaria indivisa, será procedente acudir al procedimiento previsto en los artículos 806-811 LEC.

Así lo entiende Farnós Amorós,¹⁴ quien considera que ante posiciones jurisprudenciales contrapuestas en torno a la interpretación del artículo 43.2 del Código de familia de Cataluña, que remitía la acción de división al trámite de ejecución de sentencia con independencia de que fueran uno o diversos los bienes por liquidar, el párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat ha pretendido ofrecer una respuesta determinando la procedencia del procedimiento de los artículos 806-811 LEC cuando existan varios bienes por liquidar.

Sin embargo, es posible una interpretación distinta y, a mi juicio, más acertada.

Debe repararse en que el párrafo primero del artículo 232-12 CCCat determina la posibilidad de ejercitar en un procedimiento de familia, acumuladamente, la acción de división de la cosa común «respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa», expresión que incluye tanto aquellos supuestos en los que exista un único bien en comunidad ordinaria indivisa, como aquellos otros en los que existan varios bienes en tal situación.

No puede afirmarse, pues, que solamente el párrafo segundo del precepto anterior se refiera a supuestos en los que existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, pues el párrafo primero del mismo precepto también puede aplicarse cuando existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa.

Lo que prescribe el párrafo segundo del artículo 232-12 CCCat es que, en el supuesto en el que existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, si uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

De este modo, cuando el párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat se refiere al «supuesto a que se refiere el artículo 232-12.2», que determina la procedencia de aplicar el procedimiento de los artículos 806-811 LEC, lo que establece es la aplicabilidad de tal procedimiento cuando existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y, por haberlo solicitado uno de los cónyuges, la autoridad judicial los considere en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

14. Esther FARNÓS AMORÓS, «El règim de separació de béns en el nou llibre II del Codi civil de Catalunya», *Activitat Parlamentària*, núm. 23 (2010), p. 10, disponible en línea en: <<https://cutt.ly/VYe4ijD>> (consulta: 14 mayo 2022).

Así, para determinar la aplicabilidad del procedimiento de los artículos 806-811 LEC no será suficiente que exista más de un bien en comunidad ordinaria indivisa, sino que, además, será preciso que, por haberlo solicitado uno de los cónyuges, la autoridad judicial los considere en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

Y resulta coherente que así sea si se tiene en cuenta que en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial del artículo 810 LEC lo que se contempla en su párrafo segundo es precisamente la formación de lotes, de modo que es lógico que la remisión a tal procedimiento se produzca únicamente en aquellos supuestos en los que, dado que existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, por haberlo solicitado uno de los cónyuges deba procederse a la formación de lotes.

Planteaba Vázquez Sotelo¹⁵ con anterioridad a la entrada en vigor del libro segundo del CCCat —y, pues, del párrafo segundo de su disposición adicional tercera— que, en relación con la interpretación del artículo 806 LEC, «si en la práctica se impone una interpretación literal del precepto, para interponer eficazmente la demanda sería necesario que existiesen múltiples bienes, ya que sólo así se puede hablar de “masa”».

Sin embargo, la objeción anterior resultaba ya en aquel momento superable porque, en realidad, el artículo 806 LEC no exige, para que resulte aplicable el procedimiento al que se refiere, que exista una masa común de bienes y derechos, sino que circumscribe la adecuación de tal procedimiento a la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por una disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones.

Es decir, lo relevante no es que exista una masa común de bienes y derechos, sino que el régimen económico que se pretende liquidar determine la existencia de una masa común de bienes y derechos, ya sea por capitulaciones matrimoniales, ya sea por una disposición legal, que además ha de estar sujeta a determinadas cargas y obligaciones.

Lo anterior situaba en aquel momento al régimen de separación de bienes del CCCat fuera del ámbito de aplicación del procedimiento especial previsto en los artículos 806-811 LEC, pues, como expone Roca Trías,¹⁶ el régimen de separación de bienes no determina la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, tal y como exige el artículo 806 LEC.

Pero lo cierto es que, a partir de la entrada en vigor del párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat, el procedimiento al cual se refieren los artículos 806-811 LEC es aplicable para dividir los bienes en comunidad

15. José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial», p. 7.

16. Encarna ROCA TRIAS, «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», p. 673.

ordinaria indivisa siempre que existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y, por haberlo solicitado uno de los cónyuges, la autoridad judicial los considere en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

En suma, el procedimiento indicado resultará de aplicación cuando existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y no tengan cabida en el ámbito de aplicación descrito en el artículo 806 LEC, por así disponerlo expresamente el párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat, siempre y cuando, por haberlo solicitado uno de los cónyuges, la autoridad judicial los considere en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

En cambio, ni el párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat ni ningún otro precepto determinan la procedencia del procedimiento al cual se refieren los artículos 806-811 LEC cuando existe un solo bien en comunidad ordinaria indivisa, lo cual resulta lógico, pues, si existe un solo bien, es imposible formar lotes tal y como prevé el artículo 810 LEC.

Ante la necesidad de que existan varios bienes en comunidad ordinaria indivisa que conformen una masa común de bienes para poder aplicar el procedimiento al que se refieren los artículos 806-811 LEC, Vázquez Sotelo sugería,¹⁷ ya con anterioridad a la entrada en vigor del párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat, la posibilidad de «[...] acudir a los bienes muebles que integran el ajuar, para poder alegar que entre ellos y el inmueble constituyen la “masa de bienes” a que se refiere el precepto».

Parece claro que generalmente, aparte de un bien inmueble, existen los bienes muebles que integran el ajuar familiar, y si tales bienes han sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y son de valor ordinario, el párrafo segundo del artículo 232-3 CCCat determina que se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas, por lo que también podrán ser objeto de liquidación y por ello no se advierte obstáculo en que tales bienes puedan ser considerados junto con el bien inmueble en cuestión a efectos de constatar la existencia de «varios bienes en comunidad ordinaria indivisa» a efectos de poder aplicar el párrafo segundo del artículo 232-12 CCCat.

Sin embargo, no puede obviarse que la sola existencia de varios bienes en comunidad ordinaria indivisa no es suficiente para poder aplicar el precepto anterior, sino que, además, como se indicaba anteriormente, es preciso que, por haberlo solicitado uno de los cónyuges, la autoridad judicial los considere en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos.

En este particular, debe repararse en que el párrafo segundo del artículo 232-12 CCCat no obliga en todo caso a la autoridad judicial a considerar los bienes en con-

17. José Luis VÁZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial», p. 7.

junto a efectos de formar lotes y adjudicarlos cuando así lo hubiera solicitado un cónyuge, sino que dispone que «puede» considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos, por lo que se trata de una potestad discrecional.

La razón por la que la autoridad judicial goza de discrecionalidad en orden a considerar los bienes en conjunto y formar lotes o no hacerlo, es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que no siempre será posible la formación de lotes de similar valor para poderlos adjudicar posteriormente. Y, concretamente, si existen en comunidad ordinaria indivisa un bien inmueble y distintos bienes muebles de valor ordinario que conforman el ajuar doméstico, será inviable formar lotes de similar valor, por lo que la autoridad judicial, en uso de su discrecionalidad, podría denegar considerar los bienes en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos y entonces ya no podría aplicarse el procedimiento previsto en los artículos 806-811 LEC porque no se daría el supuesto de hecho al que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional tercera del libro segundo del CCCat, es decir, no se daría «el supuesto a que se refiere el artículo 232-12.2».

LA PRESCRIPCIÓ DE LES PRETENSIONS DERIVADES DE LA LLEI

Adolfo Lucas Esteve
Doctor en Dret
Universitat Abat Oliba CEU

1. LA PRESCRIPCIÓ DE LES PRETENSIONS

El Codi civil de Catalunya (CCCat) defineix la pretensió en el seu article 121-1, segons el qual «[s]’entén com a pretensió el dret a reclamar d’altri una acció o una omissió». En el mateix sentit, el preàmbul considera que configuren la pretensió els «drets a reclamar a una altra persona una acció o una omissió, i es refereix sempre a drets disponibles». En definitiva, la pretensió confereix a una persona el poder d’exigir quelcom a una altra persona.

En la legislació catalana, l’objecte de la prescripció és la pretensió, no el dret subjectiu (art. 121-1 CCCat). D’aquesta manera, amb la prescripció s’extingeix la pretensió, però no el dret subjectiu. El dret subjectiu continua, però desapareix el poder per a reclamar el compliment.¹

Així doncs, el Codi distingeix entre el dret subjectiu i la pretensió, que es converteixen en dues figures separades amb dos règims jurídics diferents. La distinció entre el dret subjectiu i la pretensió parteix de la diferenciació entre dret i facultat, ja que la pretensió es configura com una facultat que deriva d’un dret subjectiu.

El dret subjectiu és un conjunt de facultats conferides a una persona en defensa dels seus interessos i està integrat per dos elements: l’element intern i l’element extern.

L’element intern és el poder que confereix el dret subjectiu a una persona i li atorga una o més facultats. Aquest poder coincideix amb el contingut del dret subjectiu: per exemple, el propietari d’una finca pot usar-la, gaudir-ne i disposar-ne.

L’element extern és la pretensió: la possibilitat d’exigir a una altra persona que satisfaci el poder que confereix el dret subjectiu. La satisfacció del dret subjectiu pot comportar que una altra persona hagi de fer una actuació positiva (per exemple, el

1. Sobre la configuració de la prescripció en el dret civil de Catalunya, vegeu: A. LUCAS ESTEVE, «L’objecte de la prescripció i de la caducitat», *Indret*, any 2019, núm. 1.

pagament d'un deute) o bé una de negativa (per exemple, el respecte a la propietat d'un altre).

Habitualment s'ha considerat que les facultats no prescriuen separadament del dret, seguint l'aforisme *in facultativis non datur praescriptio*. El fonament d'aquesta afirmació és que si existeix un dret subjectiu, també existeixen totes les facultats que es deriven d'aquest dret subjectiu, encara que no s'hagin utilitzat durant molt de temps. Per exemple, el dret de propietat permet disposar d'un bé, però si no he venut el bé durant més de deu anys, aquesta facultat no s'extingeix, ja que no prescriu separadament del dret del qual forma part.

Tanmateix, en la prescripció aquesta regla general es transforma i, a diferència de l'aforisme indicat més amunt, la pretensió sí que pot prescriure amb independència del dret subjectiu: aquesta és la característica essencial de la prescripció a Catalunya (art. 121-1 CCCat). En aquest sentit, és evident que el fet de no vendre un bé durant un llarg període no té les mateixes conseqüències que el fet de no reclamar el pagament d'un deute durant el mateix període. La necessitat de protecció de la seguretat jurídica en un cas i en l'altre és totalment diferent.

Els drets, dels quals formen part les pretensions, acostumen a sorgir de la voluntat de les parts, tant per a constituir un dret de crèdit (per exemple, un préstec) com per a constituir un dret real (per exemple, un usdefruit). Tanmateix, en aquest escrit m'agradaria centrar-me en la prescripció dels drets que deriven directament d'una norma jurídica. Per a fer-ho, primerament analitzaré una norma concreta: la Llei d'arrendaments urbans.

2. PRETENSIONS DERIVADES DE LA LLEI D'ARRENDAMENTS URBANS

La Llei d'arrendaments urbans confereix diferents possibilitats tant a l'arrendador com a l'arrendatari. Concretament, l'apartat 11 de la disposició transitòria segona de la Llei 29/1994, d'arrendaments urbans (LAU), permet a l'arrendador actualitzar la renda dels contractes anteriors al 9 de maig de 1985.

Aquesta possibilitat d'actualització és una pretensió, ja que confereix a l'arrendador el poder d'exigir l'actualització de la renda a una persona determinada: l'arrendatari.

Es tracta d'una pretensió que ha generat directament la LAU. Així, tot i que les parts no hagin estipulat res sobre aquesta qüestió, la LAU considera que, en els arrendaments anteriors al 9 de maig de 1985, l'arrendador té la possibilitat d'actualitzar la renda.

En aquest sentit, en el moment de signar el contracte d'arrendament no existia aquest dret d'actualitzar la renda i les parts ignoraven totalment la possibilitat d'una modificació futura. És a dir, no es tracta de l'aplicació del règim de la LAU a un con-

tracte privat en què les parts podien conèixer i assumir quina era la regulació aplicable, sinó d'una modificació legal posterior que les parts no coneixien en el moment de signar el contracte. Ha estat la LAU, directament, la que ha conferit el dret d'actualitzar la renda.

Aquesta pretensió, que permet actualitzar la renda i que ha estat conferida per la LAU, pot prescriure. Per tant, si se sol·licita l'actualització de la renda passat aquest termini, la possibilitat d'actualitzar-la haurà prescrit.

En aquest cas, el termini de prescripció aplicable és el transcurs de deu anys (art. 121-20 CCCat) i el *dies a quo* és la data d'entrada en vigor de la LAU, que és el moment a partir del qual es va conferir als propietaris la possibilitat d'actualitzar la renda. Així doncs, el transcurs del termini de prescripció comportarà la impossibilitat de reclamar el compliment de la pretensió (l'actualització de la renda).

En el mateix sentit, la mateixa LAU estableix en la disposició adicional desena:

[...] todos los derechos, obligaciones y acciones que resulten de los contratos de arrendamiento contemplados en la presente ley, incluidos los subsistentes a la entrada en vigor de la misma, prescribirán cuando no exista plazo específico de prescripción previsto, de acuerdo con lo dispuesto en el régimen general contenido en el Código Civil.

Per tant, la mateixa LAU reconeix que els drets derivats dels contractes regulats per la LAU poden prescriure.

A favor de la prescripció de les actualitzacions de la renda podem esmentar la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (Secció 10a) de 31 de juliol de 2017, que diu:

Entiende esta Sala, al igual que lo hizo la resolución judicial de primera instancia, que el derecho a actualizar la renta dimanante de los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, de carácter intemporal según el último precepto indicado, se reformuló con la entrada en vigor de la LAU vigente, de forma que, consecuentemente, pasó a ser prescriptible por mor de lo establecido en las disposiciones transcritas, sin que lo recogido en la transitoria segunda A)1 pueda entenderse, como pretende la parte apelante, sin conjugarlo con las salvedades que ella misma prevé, entre las que se encuentra la nueva regulación de la actualización de rentas contemplada en el apartado D)11 siguiente, que, por indicación de la adicional décima, se configura como un derecho sujeto al régimen general de prescripción del Código civil. De esta forma, el artículo 101 del texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, no deviene en absoluto de aplicación, y la STS 848/2010, de 27 de diciembre, que invoca recurrentemente la impugnante, no contempla ningún supuesto de prescripción ni detenta analogía alguna con el presente caso. Así pues,

la acción para elevar la renta ha prescrito, pues pudiendo ejercitarse a partir del 1 de enero de 1995, fecha de entrada en vigor de la LAU según la disposición final segunda de este texto legal, no se ha hecho hasta bien pasados los quince años a que se refiere el antiguo artículo 1964 del CC, aplicable al caso.

I, en l'àmbit català, podem referir la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 4a) del 15 d'octubre de 2021, que diu:

Esta Sala considera que el derecho o la pretensión de actualizar la renta establecida en la disposición transitoria segunda de la LAU es prescriptible. Y también consideramos que, en este caso, existe un *dies a quo*, esto es, la fecha de entrada en vigor de la ley, a partir de la cual se facultó a los propietarios para actualizar la renta. Por lo que el transcurso del plazo de prescripción comportará la imposibilidad de reclamar la actualización de la renta.

3. LA PRESCRIPCIÓ DE LES PRETENSIONS DERIVADES DE LA LLEI

Els arguments analitzats en tractar la prescripció de l'actualització de la renda prevista en la LAU es poden traslladar a tots aquells casos en els quals una llei confeïx un dret, i una pretensió, als particulars.

Amb relació a aquesta afirmació, hem d'aclarir el següent:

— en primer lloc, ha de tractar-se d'un cas en què hi hagi una pretensió, és a dir, el poder de reclamar el compliment a una altra persona, i en què aquesta pretensió derivi directament d'una llei;

— en segon lloc, l'article 121-2 CCCat regula les pretensions no prescriptibles i estableix:

No prescriuen les pretensions que s'exerceixen mitjançant accions merament declaratives, incloent-hi l'acció de declaració de qualitat d'hereu o hereva; les de divisió de cosa comuna; les de participació d'herència; les de delimitació de finques contigües, ni les d'elevació a escriptura pública d'un document privat, ni tampoc les pretensions relatives a drets indisponibles o les que la llei exclouï expressament de la prescripció.

Per tant, el CCCat no fa cap distinció entre les pretensions derivades de l'acord entre les parts i les pretensions derivades de la llei, i, com a regla general, no s'han de fer distincions allà on la llei no en fa.

Finalment, és necessari distingir entre: *a)* l'aplicació del règim jurídic d'un dret subjectiu constituït pels particulars i *b)* el fet que la llei atorgui directament un dret.

a) En cas d'aplicació del règim jurídic d'un dret, les parts pacten la constitució d'un determinat dret subjectiu (real o de crèdit) i aquest dret confereix als particulars un conjunt de facultats que estan establertes en la llei. Per exemple, les facultats del propietari d'usar, gaudir i disposar d'un bé.

Aquest cas és diferent del que hem vist, ja que aquí la llei no confereix directament una determinada pretensió a un particular, sinó que s'aplica el règim jurídic corresponent al dret que ha estat constituït per voluntat dels particulars.

b) En cas que la llei atorgui directament un dret a un particular o a un grup de particulars, no és la voluntat dels particulars la que crea la pretensió, sinó la llei. Així, per exemple, pot succeir que una modificació legal desconeguda per les parts comporti que sigui la llei, directament, la que confereixi una pretensió als particulars, tal com hem vist en el cas de l'actualització de la renda en la LAU.

Així doncs, quan la llei atribueix directament una pretensió a un particular, aquesta pretensió està subjecta a prescripció i, com totes les altres pretensions, pot prescriure amb independència que hagi estat conferida per una norma jurídica.

MISCEL·LÀNIA

CRÒNICA DE LES JORNADES «LA INCORPORACIÓ AL DRET ESPANYOL DE LES DIRECTIVES (UE) 2019/770 I 2019/771 EN MATÈRIA DE CONTRACTES DE SUBMINISTRAMENT D'ELEMENTS DIGITALS I DE COMPRAVENDA»

Els dies 30 de març i 6 d'abril de 2022 es van celebrar, a l'Aula Magna de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona (UB), les jornades «La incorporació al dret espanyol de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771 en matèria de contractes de subministrament d'elements digitals i de compravenda». Aquestes jornades, dirigides per la Dra. Lúdia Arnau Raventós, professora agregada de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, han estat organitzades en el marc de les activitats de transferència de coneixement del projecte DER 2017-82129-P, «El derecho de bienes en la sociedad digital europea: mecanismos de adquisición, transmisión y gravamen», en col·laboració amb la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu, l'Agència Catalana del Consum, el Grup de Recerca de Dret Civil Català (2017 SGR 151) i el Departament de Dret Privat de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona.

Les jornades van ser inaugurades pel Dr. Jaume Tarabal Bosch, professor agregat de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, i hi van assistir nombrosos estudiants, investigadors i docents de dret i de titulacions afins al món jurídic. Les jornades es van celebrar en dues sessions: la primera, el dia 30 de març de 2022, es va centrar en l'anàlisi i l'exposició dels aspectes més rellevants d'ambdues directives des de l'òptica comunitària, així com en la seva transposició al dret civil català; en la segona jornada, el dia 6 d'abril de 2022, es va abordar aquesta darrera qüestió, centrada en els drets civils espanyol, francès i portuguès. Així, les jornades van consistir en un total de set ponències a càrrec d'investigadors, tant nacionals com internacionals, especialistes en dret contractual, les quals van donar lloc a un debat científic sobre la matèria que ens ocupa.

La primera ponència, «Mercat digital i dret contractual de consum a la Unió Europea», va ser a càrrec de la Dra. Esther Arroyo Amayuelas, catedràtica de dret civil de la Universitat de Barcelona. La Dra. Arroyo va fer una presentació general en la qual va destacar les qüestions més innovadores de les directives (UE) del Parlament Europeu i del Consell 2019/770, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals, i 2019/771, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns. Va remarcar que es tracta de dues directives mitjançant les quals el legislador europeu s'adapta als canvis tecnològics i dona resposta a les necessitats d'una societat en la qual s'han imposat nous models de consum, com ara la contractació a través de plataformes. Com a aspectes destacables d'ambdues directives, la Dra. Arroyo va mencionar, entre d'altres, la regulació per

primera vegada de la conformitat jurídica i l'extensió del concepte de *manca de conformitat*, que ara cobreix també els contractes de subministrament i de continguts i serveis digitals, així com la regulació de determinats deures postcontractuals, com ara el deure de l'empresari de subministrar les actualitzacions.

A continuació, la Dra. Lúdia Arnau Raventós va presentar la ponència «Què ha canviat, després del Decret llei 27/2021, en la regulació catalana en matèria de compravenda?», en la qual va abordar la incorporació de la Directiva 2019/771 al dret civil català mitjançant el Decret llei 27/2021, del 14 de desembre, convalidat el 26 de gener de 2022. La Dra. Arnau, tot recordant que la regulació del contracte de compravenda en el Codi civil de Catalunya (CCCat) es fa amb independència de la modalitat de contractació, va assenyalar i sintetitzar els aspectes més rellevants de la reforma del llibre sisè del CCCat en aquest àmbit i va posar un èmfasi especial en dues qüestions: per una banda, la consideració dels béns immaterials com a béns susceptibles de ser objecte del contracte de compravenda; per l'altra, la reforma de l'article 621-24 CCCat, que va qualificar com un dels canvis amb major transcendència pràctica, atès que ara generalitza la presumpció de manca de conformitat i incorpora un increment substancial dels terminis en què aquesta es pot manifestar.

Per a finalitzar, la Dra. Mariló Gramunt Fombuena, professora titular de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, va concloure la jornada amb la ponència «Conformitat i modificació dels continguts i serveis digitals». Seguint la línia de la ponència precedent, va analitzar la incorporació de la Directiva 2019/770 al dret civil català mitjançant el Decret llei 27/2021, del 14 de desembre, i va destacar que, a diferència de la Directiva 2019/771 —que deroga la Directiva 1999/44/CE—, la Directiva 2019/770 no tenia precedents legals. La Dra. Gramunt va fer un clarificador repàs de la nova secció quarta del capítol I del llibre sisè del CCCat, relativa al subministrament de continguts i serveis digitals. Entre altres qüestions, va fer referència a la facultat del subministrador de modificar unilateralment el contracte (art. 621-70 CCCat), presumiblement com a resultat de l'acció dels lobbys de la indústria tecnològica, i va destacar que aquesta no és habitual fora dels sectors regulats.

La Dra. Lúdia Arnau Raventós va inaugurar, el dia 6 d'abril de 2022, la segona sessió de les jornades. Aquesta segona part, tal com s'anunciava en línies anteriors, es va dedicar a la incorporació de les directives (UE) 2018/770 i 2019/771 a l'ordenament jurídic estatal, així com a dos ordenaments jurídics territorialment propers: el francès i el portuguès. La Dra. Margarita Castilla Barea, professora titular de Dret Civil de la Universitat de Cadis, va iniciar la sessió amb la ponència «La falta de conformidad de los bienes muebles con el contrato tras la adaptación del TRLGDCU a las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en la qual va fer una introducció a l'àmbit d'aplicació de les directives en relació amb el supòsit que genera responsabilitat del venedor: manca de conformitat en sentit tècnic i preexistent a l'entrega del bé o en els terminis establerts legalment. En general, la Dra. Castilla va reprovar la falta d'unificació del règim de vicis ocults en l'ordenament jurídic espanyol, que ara es troba dispersat en el

Codi de comerç, en el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLGDCU) i en el Codi civil. Aquesta dispersió normativa genera, segons la Dra. Castilla, una sensació d'injustícia entre els consumidors, i per aquest motiu va proposar una normativa unificadora per a tots els règims, en la línia de l'opció triada pel legislador català pel que fa al contracte de compravenda.

Seguidament, la Dra. M. Teresa Álvarez Moreno, catedràtica de dret civil de la Universitat Complutense de Madrid, va presentar la ponència «Garantía legal, comercial y servicios postventa tras la implementación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771: ¿evolución o involución de la protección del consumidor?», en la qual va oferir una panoràmica general dels remeis dels quals disposa el consumidor en cas de manca de conformitat de béns, continguts o serveis digitals (art. 117 i seg. TRLGDCU). La Dra. Álvarez va insistir en la preferència del legislador pels remeis que donen prioritat al principi de conservació del contracte —l'esmena de la manca de conformitat i la reducció del preu—, llevat que la manca de conformitat sigui greu o que el consumidor es negui al sanejament. En resum, per a la Dra. Álvarez, la nova regulació representa una millora en la protecció dels consumidors —per la incorporació, entre d'altres, de mesures complementàries, com ara la suspensió del pagament fins que l'empresari compleixi les seves obligacions—, si bé lamenta el major grau de confusió en l'aplicació jerarquitzada dels remeis.

A continuació, el professor Yves Picod, catedràtic de dret privat i director de l'École Doctorale de Développement et Dynamiques Spatiales, Transfrontalières et Interculturelles de Perpignan, va abordar la ponència «La transposición francesa de 29 de septiembre de 2021 en materia de garantía de conformidad: aspectos específicos». La incorporació esmentada en el títol al Codi de consum francès (*Code de la consommation*) es va fer mitjançant l'*Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques*. El professor Picod es va centrar, entre altres qüestions, en l'àmbit d'aplicació de la reforma, en els remeis contractuals i, atesa l'originalitat del sistema francès en comparació amb altres ordenaments jurídics, en el sistema de sancions. Pel que fa a l'àmbit d'aplicació, especialment l'àmbit d'aplicació personal, va destacar que l'ordenament jurídic francès inclou tant els venedors professionals com els no professionals —persones jurídiques que actuen fora de l'àmbit professional—, cosa que significa una extensió de l'àmbit de protecció. Respecte als remeis contractuals, que es regulen i s'apliquen de manera jerarquitzada, el professor Picod va posar en relleu la voluntat «ecologista» del dret francès en promoure la reparació per sobre de la substitució. Finalment, pel que fa a les sancions, Picod va exposar l'existència no només de sancions civils («amende civile»), sinó també de quantioses multes administratives.

El professor Jorge Morais Carvalho, professor associat i sotsdirector de la NOVA School of Law, de Lisboa, va tancar les jornades amb la ponència titulada «La incorporación de las directivas (UE) 2018/770 y 2019/771 al ordenamiento jurídico

portugués». El ponent va repassar la història de la regulació de la compravenda de béns de consum a Portugal, des de la Llei 29/81, del 22 d'agost de 1981, de defensa del consumidor, fins al Decret llei 84/2021, del 18 d'octubre, que regula els drets del consumidor en la compravenda de béns, continguts i serveis digitals, i que incorpora al dret portuguès les directives (UE) 2019/771 i 2019/770. En resum, el professor Morais va titllar la reforma de règim protector del consumidor en alguns aspectes —com ara pel que fa al termini de responsabilitat de l'empresari, que s'amplia a tres anys—, però no tant en d'altres —com ara pel que fa als límits de la responsabilitat de l'empresari per missatges publicitaris—. Es tracta, en termes generals, d'un règim menys rigorós que el seu predecessor, cosa que comporta, d'acord amb el ponent, un esforç d'interpretació més exigent.

En conclusió, les jornades «La incorporació al dret espanyol de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771 en matèria de contractes de subministrament d'elements digitals i de compravenda» han estat molt enriquidores, ja que acadèmics de reconegut prestigi nacional i internacional en matèria de dret contractual han exposat les principals novetats que incorporen, en diferents ordenaments jurídics nacionals, les directives (UE) 2019/770 i 2019/771, i han advertit també de les qüestions més conflictives i d'escassa tècnica legislativa de la nova regulació.

Ana Hernández Codina
Becària d'iniciació a la recerca
Departament de Dret Privat
Universitat de Barcelona

CRÒNICA DE LES JORNADES «CONFORMITAT DE BÉNS I SERVEIS: MÉS ENLLÀ DE LA TRANSPOSICIÓ DE LES DIRECTIVES (UE) 2019/770 I 2019/771»

El Col·legi Notarial de Catalunya va acollir, els dies 26 i 27 de maig de 2022, les jornades internacionals «Conformitat de béns i serveis: més enllà de la transposició de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771», dirigides per les doctores Mariló Gramunt Fombuena i Gemma Rubio Gimeno, investigadores principals del projecte «Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos». Juntament amb les directores, la Universitat de Barcelona i el Col·legi Notarial de Catalunya, va col·laborar en l'organització de les jornades l'Agència Catalana del Consum, de la Generalitat de Catalunya.

La relació entre la funció notarial i la protecció dels consumidors ha estat històricament molt rellevant. I precisament aquesta funció tuitiva dels notaris va ser el que va destacar el Sr. Víctor J. Asensio Borrellas, secretari de la Junta Directiva del Col·legi Notarial de Catalunya, durant la seva intervenció per a presentar les jornades.

Com que el nostre estat és plurilegislatiu, la transposició de normes europees comporta una sèrie de problemes afegits. Concretament, sorgeixen dues grans qüestions que cal resoldre: quin és l'òrgan competent per a fer la transposició i què succeeix si no es fa o si es fa malament. A banda d'aquestes incògnites, la multiplicitat de règims permet estudiar comparativament els distints modes d'implementació de les normes i en quina mesura cada legislador intern o nacional fa ús del marge de manobra que les directives europees proveeixen. La Dra. Lúcia Arnau Raventós, professora agregada de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, durant la seva ponència «La transposició en un estat plurilegislatiu: la regulació estatal i la regulació catalana» va fixar-se en les qüestions plantejades a propòsit de la incorporació de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771 al dret espanyol i va identificar les principals diferències entre el règim de la conformitat previst en el text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris i el que s'ha implementat en el llibre sisè del Codi civil de Catalunya.

L'exercici de contrast —i, en general, les jornades— es va veure enriquit per la presència de ponents internacionals, com la Dra. Carla Solinas, professora agregada de Dret Civil de la Universitat Tor Vergata (Roma), i el Dr. Jorge Morais Carvalho, professor associat i subdirector de la NOVA School of Law (Lisboa), les intervencions dels quals van permetre un apropament a les legislacions italiana i portuguesa, respectivament. Gràcies a aquestes intervencions es va palesar que si bé l'origen

comú de les normes de protecció dels consumidors són sengles directives de la Unió Europea —2019/770 i 2019/771—, la manera com aquestes normes es traslladen als diferents ordenaments jurídics pot ser ben diversa.

En primer lloc, la Dra. Solinas¹ va aportar una mirada crítica sobre la tasca del legislador italià. Les directives (UE) 2019/770 i 2019/771 es van implementar a Itàlia mitjançant els decrets legislatius 170 i 173, del 4 de novembre de 2021, en els quals es manifesta una clara timidesa del legislador italià, que reproduïx gairebé textualment el contingut normatiu, sense aprofitar les oportunitats d'ampliació —dels terminis de responsabilitat, o dels terminis de presumpció de preexistència de les manques de conformitat, per exemple— que les directives deixen. Un altre gran problema de la transposició italiana és la falta de precisió terminològica, especialment en relació amb les categories jurídiques pròpies de la Directiva (UE) 2019/771. Pel que fa als remeis previstos per als casos de manca de conformitat, la Dra. Solinas va criticar la falta d'especificitat de la norma nacional sobre les possibilitats d'exercitar-los i la compatibilitat d'aquests amb el rescabament dels danys ocasionats.

La ponència del Dr. Morais va ser la darrera de la primera sessió, es titulava «L'opció legislativa per a la transposició de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771» i va ser moderada pel Dr. Carles E. Florensa Tomàs, catedràtic de dret civil de la Universitat de Lleida i president de la Secció d'Obligacions i Contractes de la Comissió de Codificació de Catalunya. Començant per la Llei 24/96, del 31 de juliol de 1996, que estableix el règim legal aplicable a la defensa dels consumidors, el Dr. Morais va fer un repàs històric de la regulació de la conformitat a Portugal i va acabar destacant les principals innovacions que aporta la transposició de les directives del 2019.

Des d'un punt de vista comparatiu, el règim portuguès mereix una valoració general certament positiva, entre altres motius perquè estableix la responsabilitat solidària per les manques de conformitat dels proveïdors de mercats en línia, condicionada al compliment de determinats requisits. A més, Portugal incorpora una acció directa envers els productors, tant en els casos de compravenda com en els de subministrament de continguts i serveis digitals. Aquesta ampliació de la protecció, no obstant això, es veu contrarestatada per la falta de precisió categorial i terminològica, de vegades derivada d'una literalitat excessiva en la transposició de directives. En un sentit oposat, el Dr. Morais va insistir en diverses previsions normatives que redueixen la protecció dels consumidors i que, per tant, mereixen un judici de valor negatiu. Les més destacables són la discordança —que es produeix per primer cop a Portugal— entre els terminis de responsabilitat i de presumpció de preexistència de la falta de con-

1. La Dra. Solinas va intervenir en nom propi i en representació del Dr. Vincenzo Ricciuto, catedràtic de dret privat de la Universitat Tor Vergata (Roma).

format, i les possibilitats que tenen els comerciants de limitar la seva responsabilitat mitjançant declaracions públiques emeses per tercers.

Després d'una breu pausa es va iniciar la segona sessió del dia 26 de maig, que va versar sobre la digitalització de l'objecte del contracte. L'impacte de la digitalització en la contractació amb consumidors és un dels grans reptes de la Unió Europea quant a la protecció dels consumidors. Precisament per això va ser tan interessant aquesta sessió, moderada per la Dra. Gemma Rubio Gimeno, professora agregada de Dret Civil de la Universitat de Barcelona i codirectora de les jornades. En aquesta segona sessió es va fer una única ponència, a càrrec de la Dra. Rosa Barceló Compte, professora lectora de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, titulada «El subministrament de béns amb elements digitals».

La Directiva (UE) 2019/770, que regula específicament determinats aspectes de la contractació del subministrament de continguts i serveis digitals, ha significat un pas endavant en la protecció del consumidor en el mercat digital. No obstant els avenços i atès que l'objecte de la Directiva (UE) 2019/771 engloba els anomenats «béns amb elements digitals», es produeix un desplaçament de l'aplicació de la Directiva (UE) 2019/770. La Dra. Barceló es va ocupar dels supòsits de continguts o serveis digitals que estan interconnectats amb els béns o que els complementen, a fi d'establir les diferències amb el règim dels contractes mixtos; diferències que, segons la seva opinió, haurien de pivotar sobre les categories de «funcionalitat bàsica» o «funcionalitat ampliada», en relació amb el paper que els continguts o serveis digitals tenen sobre els béns.

La Dra. Barceló va insistir en l'anàlisi comparada entre els criteris de conformitat establerts per ambdues directives, la (UE) 2019/770 i la 2019/771, i va constatar la rellevància de la qualificació del contracte com a mixt o com a supòsit en què l'objecte és un «bé amb element digital». Així, va poder concloure, d'una banda, que el règim de conformitat establert en la Directiva (UE) 2019/770 seria més adient per als casos en què trobem fenòmens digitals; i, de l'altra, que la subjecció dels béns amb elements digitals al règim de la Directiva (UE) 2019/771 no està ben resolta.

La jornada del 27 de maig va començar amb una sessió sobre els requisits de la conformitat que va ser moderada per la Dra. Mariló Gramunt Fombuena, professora titular de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, presidenta de la Junta Arbitral de Consum de Catalunya i codirectora de les jornades.

Arran de la transposició de les directives ja esmentades, la legislació nacional ha establert una sèrie de requisits objectius de conformitat. Els pilars sobre els quals s'estableix el compliment d'aquests requisits objectius són la comparació entre els béns del mateix tipus i les expectatives raonables del consumidor. La Dra. Esther Torrelles Torrea, professora titular de Dret Civil de la Universitat de Salamanca, va fer la interessantíssima ponència «El estándar razonable para determinar la conformidad objetiva del bien».

La construcció del dret europeu i l'apropament entre el *civil law* i el *common law* han generat el traspàs de conceptes d'un sistema a l'altre. Un dels conceptes de la tradició jurídica anglosaxona que s'ha instal·lat en el sistema continental és la raonabilitat, que podem observar tant en normes de *soft law* europeu (Principis de dret contractual europeu [*Principles of European contract law*, PECL], Marc europeu comú de referència [*Draft common frame of reference*, DCFR] o Llei europea comuna de vendes [*Common European sales law*, CESL], per exemple), com en les directives (UE) 2019/770 i 2019/771; i, consegüentment, en les legislacions estatals i autonòmiques. L'adopció de la noció de *raonabilitat* ha de conjugar-se amb altres conceptes clàssics de la nostra tradició jurídica com són l'equitat, la bona fe o la diligència, i és necessari que el legislador dugui a terme una clarificació terminològica i estableixi els criteris necessaris per a considerar aquest nou element. Aquesta valoració crítica va ser la conclusió de la ponència de la Dra. Torrelles.

I, juntament amb els requisits objectius, és crucial el paper que la subjectivitat, mediatitzada per la voluntat de les parts, pot tenir en la determinació de la conformitat. Al voltant dels elements subjectius va construir la seva intervenció la Dra. María Corvo López, doctora i professora contractada de Dret Civil de la Universitat de Salamanca, que va titular «Compraventa de bienes de consumo y conformidad subjetiva». La Dra. Corvo va emfatitzar les novetats que en l'àmbit dels requisits subjectius ha comportat la transposició de les directives del 2019, per a la qual cosa va comparar fonamentalment el text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris amb el llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Així, va insistir, novament, en el fet que són diverses les opcions de política legislativa en la transposició de directives.

Amb la regulació dels elements subjectius, el legislador configura el contracte de compravenda de béns i el de subministrament de continguts i serveis digitals com el primer element que s'ha de considerar per decidir sobre la conformitat, ja que aquesta dependrà de l'adequació de l'objecte a les característiques expressades en el contracte. Per aquesta raó, la Dra. Corvo va concloure que, tot i ser cumulatiu, els requisits subjectius poden arribar a prevaldre sobre els objectius, ja que permeten a les parts apartar-se dels requisits que s'estableixen legalment.

Més enllà dels requisits de conformitat, és crucial determinar qui és el subjecte responsable d'aquesta. I aquesta va ser la qüestió al voltant de la qual va versar la quarta sessió, moderada per la Dra. Esther Torrelles, que va encetar el que es podria considerar la segona part del títol de les jornades: «més enllà de la transposició de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771». Al llarg d'aquesta sessió, el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa, catedràtic de dret civil de la Universitat de Barcelona, va presentar la seva ponència «Adquisició *a non domino* i conformitat», mentre que la Dra. Elena Palomares Balaguer, professora associada de Dret Civil de la Universitat de Barcelona, es va centrar en un tema de profusa actualitat com són les plataformes d'economia

col·laborativa, en una intervenció titulada «Venedor i intermediari en el compliment de l'obligació de conformitat».

El Dr. Del Pozo va exposar la relació entre els conceptes d'*adquisició a non domino* —adquisició a un venedor sense poder de disposició— i de *conformitat jurídica* dels béns mobles objecte d'un contracte de compravenda. En els casos d'*adquisició a non domino*, el comprador de bona fe pot convertir-se en propietari per ministeri de la llei, que transmuta un fet —la possessió— en dret —la propietat—. La conformitat jurídica que profereixen els efectes de l'*adquisició a non domino*, no obstant això, no exclou que l'objecte pugui patir defectes de conformitat des d'un punt de vista material.

Per a l'aplicació del règim de l'*adquisició a non domino* és determinant si la compra s'ha efectuat en un establiment mercantil o no (ateses l'excepció i la contraexcepció que estableix l'article 522-8.3 CCCat). En aquest sentit i especialment quan les compres s'efectuïn per internet, esdevé cabdal la informació precontractual sobre les característiques del venedor. Al marge d'això, per als casos en què les compres s'efectuen mitjançant una plataforma intermediària, el Dr. Del Pozo va exposar la conveniència de plantejar la possibilitat d'establir un règim de responsabilitat solidària entre aquestes plataformes i els venedors perquè pugui ser aplicat el règim de l'*adquisició a non domino* tot i estar adquirint a un particular, atesa la confiança en el comprador que generen les plataformes.

I, continuant amb la reflexió sobre la regulació de les plataformes intermediàries, la Dra. Palomares va examinar com el legislador comunitari plasma la responsabilitat d'aquestes i quines solucions concretes ha aportat la jurisprudència. La Directiva 2000/31/CE, sobre el comerç electrònic, va intentar establir un mercat únic europeu que fos garantista en la protecció dels consumidors i usuaris que accedeixen a plataformes d'internet, però la ràpida transformació del món digital ha provocat que la regulació sigui insuficient. La interactuació dels usuaris mitjançant els prestadors de serveis d'intermediació ha augmentat exponencialment i aquests no exerceixen un control suficient sobre les operacions.

En aquest sentit, les directives (UE) 2019/770 i 2019/771, tot i la intenció d'establir un mercat digital segur, mantenen una situació d'ambigüitat en deixar fora del seu àmbit d'aplicació determinades operacions i actuacions en les plataformes intermediàries. La Dra. Palomares es va mostrar crítica amb la falta de clarificació del concepte d'*intermediari* en les directives, la falta d'uniformitat de la responsabilitat dels intermediaris en els diferents estats membres i la insuficient adaptació de la regulació al paper de les plataformes intermediàries. En aquest clima de confusió, la ponent va apuntar la importància de la jurisprudència en la tasca de qualificació i l'esperança d'una major seguretat amb el futur reglament de serveis digitals.

En l'última de les sessions, moderada pel Dr. Del Pozo i titulada «Més enllà de la Directiva (UE) 2019/771», hi van intervenir el Sr. Antonio Longo Martínez,

notari de Sant Just Desvern, i la Dra. Esther Arroyo Amayuelas, catedràtica de dret civil de la Universitat de Barcelona i titular de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu.

Fins a aquell moment, en poques intervencions s'havia fet referència als béns immobles, i el Sr. Longo va dedicar la seva ponència a parlar sobre com les normes generals de conformitat afecten les transmissions immobiliàries. La conformitat en la compravenda d'immobles ha requerit la superació del concepte de *sanejament per vici ocults i per evicció*, atès que el Codi civil de Catalunya no exclou de les normes de conformitat els contractes de compravenda immobiliària, tot i no ser objecte de la Directiva (UE) 2019/771.

El Sr. Longo va destacar diversos aspectes rellevants en què el règim dels béns mobles es diferencia del dels immobles: per exemple, el moment en què ha d'existir la falta de conformitat perquè el venedor en sigui el responsable. De la mateixa manera, va fer menció expressa de l'article 621-50 CCCat per a puntualitzar que la indicació de la superfície de l'immoble no pot donar lloc a una falta de conformitat. Finalment, va referir-se a la possibilitat d'establir pactes de garantia expressa per a reforçar la responsabilitat del venedor.

Per la seva banda, la Dra. Arroyo va presentar la ponència «La conformitat més enllà del contracte de compravenda». Tradicionalment, la noció de *conformitat* s'ha aplicat tant a les compravendes com als serveis, i amb la Directiva (UE) 2019/770 aquesta aplicació s'estén també als continguts i serveis digitals. La distinció entre aquestes dues últimes categories —contingut i servei— no queda gaire clara en la directiva esmentada, i els contractes relatius al subministrament de continguts i serveis digitals no es corresponen plenament ni amb un contracte de compravenda ni amb un de serveis. Però indagar les diferències entre ambdues esdevé gairebé irrellevant, ja que la dicotomia crucial que estableix la Directiva és entre els «actes únics o individuals de subministrament» i el «subministrament continuat», que condiciona de manera essencial l'apreciació de la conformitat.

Com ja s'havia fet en ponències anteriors, la Dra. Arroyo va criticar la falta de delimitació dels conceptes de *subministrament continuat* i d'*acte únic de subministrament* en el dret europeu. I aquesta mancança, naturalment, té el seu trasllat al dret nacional. La ponent va concloure que, en qualsevol cas, la qüestió principal que cal resoldre és com la distinció afecta la noció de *conformitat* en l'època de la digitalització del dret de contractes.

Per a concloure les jornades, els assistents van tenir el plaer d'escoltar la magnífica exposició de les Dres. Mariló Gramunt i Gemma Rubio, les quals van insistir en una qüestió no menor: l'exercici eficaç dels drets per part dels consumidors. Si bé les directives del 2019 eleven el llindar de protecció substantiva, les ponents van destacar l'existència d'obstacles dissuasius —por, costos excessius, asimetria en l'exercici dels drets, etcètera— per als consumidors a l'hora de defensar els seus drets en la via judicial. I la tuïció del consumidor es redueix a un mer marc teòric si no s'acompanya d'un

sistema processal eficaç que permeti als subjectes exercir de manera àgil i sense costos excessius els drets substantius que se li reconeixen.

Després de contestar afirmativament, des d'una perspectiva empírica, a la pregunta que servia com a títol de la seva intervenció —«Els costos de reclamar frustren la protecció legal?»—, les Dres. Gramunt i Rubio van exposar una proposta basada en el potencial de l'arbitratge de consum com a mecanisme eficaç de protecció dels drets dels consumidors. Antany, l'arbitratge de consum com a sistema voluntari de resolució de conflictes representava un indicatiu de confiança per a les empreses. Actualment, emperò, s'observa un increment de les limitacions que inclouen les empreses a l'hora de signar ofertes públiques d'adhesió i, fins i tot, la negativa absoluta d'alguns sectors a sotmetre's a l'arbitratge de consum, la qual cosa es transforma en un col·lapse total de la jurisdicció ordinària. És per això que la proposta que van presentar les Dres. Gramunt i Rubio es construeix sobre la condició de l'obligatorietat de l'arbitratge de consum per a les empreses.

La proposta d'un sistema d'arbitratge de consum obligatori, malauradament, sembla discrepar de la jurisprudència constitucional relativa a l'article 24 de la Constitució espanyola. El Tribunal Constitucional ha sostingut que l'observança deguda al dret a la tutela judicial efectiva, que garanteix l'accés als òrgans jurisdiccionals, requereix que s'asseguri la possibilitat d'un control judicial sobre el fons —i no només sobre els aspectes formals— dels litigis. Aquesta tendència jurisprudencial, no obstant això, s'altera lleugerament amb la Sentència 1/2018, de l'11 de gener de 2018, els vots particulars de la qual són especialment rellevants.

Les Dres. Gramunt i Rubio van concloure que seria possible articular una reforma respectuosa amb la jurisprudència constitucional que establís el recurs a l'arbitratge de consum de manera obligatòria per a les empreses i potestativa per als consumidors, per a tots els litigis la quantia dels quals no excedís els tres mil euros. Amb independència del sector econòmic o professional a què pertanyés l'empresa, no haurien de ser admissibles les limitacions per raó de la matèria ni tampoc de la quantia, i seria suficient que la controvèrsia tingués el seu fonament en una relació de consum. Evidentment, aquesta reforma requeriria una gran modificació legislativa, així com una norma que regulés el sistema arbitral de consum, però en resultaria un ampli augment de la justícia.

La Dra. Gramunt va posar el punt final a la seva intervenció amb una citació que copsa perfectament la idea que, juntament amb la Dra. Rubio, van voler transmetre: «Las leyes pueden reconocer al consumidor un amplio elenco de derechos, pero la eficiencia de un derecho protector de los consumidores se va a medir no sólo por la perfección o equidad de sus normas, sino también por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales se puedan hacer exigibles sus derechos cuando estos no hayan sido respetados adecuadamente».

Les jornades es van tancar amb una cloenda a càrrec del Sr. José Alberto Marín Sánchez, degà del Col·legi Notarial de Catalunya, i el Sr. Francesc Sutrias Grau, di-

rector de l'Agència Catalana del Consum. El Sr. Sutrias va fer menció del dinamisme de la categoria de *consumidor vulnerable*, fet que ocasiona una necessitat constant d'adaptació del dret i de les institucions jurídiques als dictats de la societat. Sens dubte, aquest va ser el *telos* d'unes jornades plenes de reflexió i magnífiques ponències per part de tots i totes les intervinents.

Yaiza Moreno Castro

Estudiant del màster en Advocacia

